

Direitos Humanos e Democracia em tempos de crise

A proteção jurídica das minorias

Volume 3



Doglas Cesar Lucas
Daniel Rubens Cenci
Elenise Felzke Schonardie
Maiquel Angelo Dezordi Wermuth (Orgs.)



O presente livro é o resultado dos trabalhos apresentados no VII Seminário Internacional de Direitos humanos e Democracia, promovido pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos (Mestrado e Doutorado) da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijui), no mês de novembro de 2019. Em razão do número bem significativo de artigos apresentados, dividimos o livro em três volumes distintos, respeitando a especificidade das áreas temáticas dos grupos de trabalho. Participaram da amostra científica 110 trabalhos de diversas universidades brasileiras e estrangeiras, os quais foram divididos em quatro diferentes grupos temáticos: Multiculturalismo, Biopolítica e Gênero; Direitos Humanos, Relações Internacionais e Equidade; Cidade, Ambiente e Sustentabilidade; Estado, Democracia e Políticas Públicas. O evento em si tem um mérito todo especial. Falar em democracia e direitos humanos em tempos de erosão do outro e hiperindividualização da vida é um grande desafio. Há um evidente esgotamento e desconforto geral com a forma como as sociedades contemporâneas, desde a modernidade, arregimentam sua dinâmica de decisões e controle político. A democracia liberal e suas formas de atuação parecem estar numa crise sem precedentes. É quase uma unanimidade entre os cidadãos que os políticos democraticamente eleitos não os representam e que a forma tradicional de política está desconectada da vida mundana das pessoas. Precisamos reafirmar um compromisso com o presente e o futuro de nossa democracia, denunciando, especialmente pelo viés da pesquisa jurídica, as injustiças sociais que deixam milhões de brasileiros sem esperança, que ameaçam os direitos das minorias e que revelam um tipo de relação histórica espúria que, pública ou veladamente, precarizam a legitimidade do próprio direito e das suas formas de representação material e institucionalmente. É preciso levar a sério o direito constitucional brasileiro. É preciso levar a sério o presente e o futuro de nossa democracia. Esperamos que os textos que compõem este livro possam ajudar nessas reflexões.



Direitos Humanos e Democracia em tempos de crise

Coordenador do evento e do comitê científico:

Douglas Cesar Lucas

Comitê Científico:

Andre Leonardo Copetti Santos

Anna Paula Bagetti Zeifert

Daniel Rubens Cenci

Douglas Cesar Lucas

Elenise Felzke Schonardie

Enio Waldir da Silva

Gilmar Antonio Bedin

Ivo dos Santos Canabarro

Janaína Machado Sturza

Jóice Graciele Nielsson

Luis Gustavo Gomes Flores

Maiquel Angelo Dezordi Wermuth

Mateus de Oliveira Fornasier

Vera Lucia Spacil Raddatz

Direitos Humanos e Democracia em tempos de crise

Volume 3

A proteção jurídica das minorias

Organizadores:

Doglas Cesar Lucas

Daniel Rubens Cenci

Elenise Felzke Schonardie

Maiquel Angelo Dezordi Wermuth



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

LUCAS, Doglas Cesar et al (Orgs.)

Direitos Humanos e Democracia em tempos de crise: a proteção jurídica das minorias - Volume 3 [recurso eletrônico] / Doglas Cesar Lucas et al (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

617 p.

ISBN - 978-65-81512-16-3

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direitos Humanos; 2. Democracia; 3. Brasil; 4. Justiça; 5. Minorias; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação	11
Os Organizadores	

Estado, democracia e políticas públicas

1	17
O panorama controverso da saúde pública no Brasil: a (des)criminalização do aborto a partir de uma análise histórica e jurídica	
Giovana Knorst Chaves; Janaína Machado Sturza	
2.....	30
Potenciais de educação escolar em criar cultura de direitos humanos	
Helton José Zanchi	
3.....	45
Entre o excesso de judicialização e as tentativas de desjudicialização: caminhos para a efetivação dos direitos previdenciários no Brasil	
Humberto Seadi	
4.....	60
O sistema multiportas de justiça como ferramenta de aplicabilidade do acesso à justiça	
Jaqueline Beatriz Griebler; Fernanda Serrer	
5.....	78
A reinvenção da democracia através da participação política local na defesa do estado democrático de direito	
Jéssica Tavares Fraga Costa; Adriane Medianeira Toaldo	
6.....	95
A dissiminação da cultura do bem viver para evitar as violências patológicas contra a criança e o adolescente na família	
Jolair de Ávila Hass	

7.....	118
Uma análise das principais diferenças da justiça retributiva e justiça restaurativa	
Josi Anne dos Santos Fagundes	
8	132
Projeto transformação em arte: relação construtiva entre liberdades instrumentais em Amartya Sen e inclusão digital	
Laiana Karolina Demenech; Neuro José Zambam	
9.....	151
A complexa efetivação do direito à atenção básica em saúde no Brasil: paradoxos teóricos e normativos	
Lais Dockorn Nunes Pereira; Janaína Machado Sturza	
10	171
O feminismo na teoria da justiça de Nancy Fraser	
Laura Dalmolin Vanzin; Marcio Renan Hamel	
11.....	190
Direitos humanos e dignidade na abordagem jornalística sobre o suicídio	
Laura Degliuomini Lanzarin Venite Vieira; Vera Lucia Spacil Raddatz	
12	207
Do jusnaturalismo ao juspositivismo: desmistificando os positivismos sob a ótica da reconstrução dos direitos humanos	
Laura Mallmann Marcht; Gilmar Antonio Bedin	
13	224
Argentina: Elecciones 2019, retrospectiva y prospectiva de un país en crisis	
Liliana A.B. Urrutia	
14	240
Reflexões sobre os limites da expressão religiosa pública no Estado laico brasileiro	
Jéssica Reis Silvano Barbosa; Lucas Oliveira Vianna	
15	261
Direitos humanos na relação com a educomunicação e a cidadania	
Luciana Klein; Véra Lucia Spacil Raddatz	
16	277
Efetivação do direito à saúde curativa: competência municipal no fornecimento de medicamentos na cidade de Ijuí/RS	
Luis Fernando Preto da Corrêa; Janaína Machado Sturza	

17	298
Direito à informação e educomunicação: cidadania e direitos humanos na sociedade em rede	
Marcello Kochhann Lucas; Vera Lucia Spacil Raddatz	
18	309
Extensão universitária como meio de difusão de conhecimento: uma análise da atuação do projeto aprendizado jurídico no município de Santiago	
Marcos Augusto Ribeiro dos Santos; Fabiana Barcelos da Silva Cardoso	
19	324
A necessidade da proteção ao idoso, o problema do superendividamento e as ações do balcão do consumidor da UNIJUÍ – Campus Santa Rosa	
Maria Aparecida Kowalski; Fernanda Serrer	
20.....	342
A mediação quanto política pública de tratamento de conflitos familiares	
Maria Eduarda Granel Copetti; Charlise Paula Colet Gimenez	
21	356
Choosing our leaders: the role of propaganda	
Maurício Fontana Filho; Queli Cristina Braz Persich	
22.....	374
Teletrabalho e reforma trabalhista: análise da regulamentação e das implicações na vida do trabalhador	
Taís Andressa Cavalheiro; Nelci Lurdes Gayeski Meneguzzi	
23.....	396
Sobre o colonialismo intelectual em Fals Borda: para uma educação crítica do/no direito	
Jorge Alberto de Macedo Acosta Júnior; Norberto Milton Paiva Knebel	
24.....	413
Violência sexual infantojuvenil no Brasil e os mecanismos legais como forma de proteção a infância	
Rayanna Soares dos Santos; Ester Eliana Hauser	
25.....	433
Estado moderno e direitos humanos: uma perspectiva histórica à leitura desta relação na atualidade	
Régis Natan Winkelmann; Elenise Felzke Schonardie	

26.....	451
“Ser ou não ser”: suicídio, direito a saúde mental e as políticas públicas	
Rodrigo Tonel; Janaína Machado Sturza	
27.....	471
O desprezo como linguagem: infância e adolescência pobres no Brasil sob a ótica da aporofobia	
Schirley Kamile Paplowski; Anna Paula Bagetti Zeifert	
28	490
A mediação como método adequado para resolução de conflitos familiares	
Simone Stringari; Francieli Formentini	
29.....	503
Arbitragem como meio de informação ao acesso a justiça e a cidadania	
Taiane Lemos Lorencena	
30.....	520
Direito à saúde e políticas públicas: a participação social em nível local como condição para a sua implementação	
Tanise Cuti Guerra; Adriane Medianeira Toaldo	
31	536
Cambridge Analytica e a influência do “OCEAN” em processos democráticos	
Anatiely Perez Menchik; Thami Covatti Piaia	
32.....	551
Representações de minorias em campanhas publicitárias da Skol	
Vera Lucia Spacil Raddatz; Ianka Carolina Port Rüdell	
33.....	567
Biodireito – travesti/transsexual e o nome social no SUS: dificuldades práticas quanto ao atendimento digno	
Victor Hugo Rodrigues da Silva; Janaína Machado Sturza	
34.....	580
A construção do materialismo como forma de felicidade	
Willian Matheus Heineck; Geciana Seffrin	
35.....	597
Direito à educação e a intervenção judicial brasileira a partir da teoria unitária dos direitos fundamentais	
Witan Silva Barros	

Apresentação

Os Organizadores

O presente livro é o resultado dos trabalhos apresentados no VII Seminário Internacional de Direitos humanos e Democracia, promovido pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos (Mestrado e Doutorado) da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí), no mês de novembro de 2019. Em razão do número bem significativo de artigos apresentados, dividimos o livro em três volumes distintos, respeitando a especificidade das áreas temáticas dos grupos de trabalho. Participaram da amostra científica 110 trabalhos de diversas universidades brasileiras e estrangeiras, os quais foram divididos em quatro diferentes grupos temáticos: Multiculturalismo, Biopolítica e Gênero; Direitos Humanos, Relações Internacionais e Equidade; Cidade, Ambiente e Sustentabilidade; Estado, Democracia e Políticas Públicas.

Em sua sétima edição, o evento se consolidou como um espaço acadêmico privilegiado de discussões sobre as relações entre os direitos humanos, a democracia e as formas de prestação da justiça. Tem oportunizado o encontro entre pesquisadores já consolidados e jovens acadêmicos de iniciação científica, que estão dando os primeiros passos nos processos de investigação. Ao revelarem-se pela escrita, alunos e professores constroem, mutuamente, novas compreensões sobre a sua área de atuação, sobre o mundo e sobre si mesmos. Por mais singelo que seja o texto (e aqui veremos artigos de pesquisadores iniciantes), ele diz do autor e de suas preocupações; é parte do sujeito que o escreve e que aparece no

texto em forma de conteúdos e processos. Justamente por isso agradecemos a todos os autores e autoras que dividiram suas inquietações e um pouco de si com toda a comunidade científica.

O evento em si tem um mérito todo especial. Falar em democracia e direitos humanos em tempos de erosão do outro e hiperindividualização da vida é um grande desafio. Há um evidente esgotamento e desconforto geral com a forma como as sociedades contemporâneas, desde a modernidade, arregimentam sua dinâmica de decisões e controle político. A democracia liberal e suas formas de atuação parecem estar numa crise sem precedentes. É quase uma unanimidade entre os cidadãos que os políticos democraticamente eleitos não os representam e que a forma tradicional de política está desconectada da vida mundana das pessoas.

No Brasil e no mundo as turbulências democráticas são bem evidentes. O país tem sido tomado por desconfianças de todas as ordens e parece que a esperança e as promessas na democracia têm perdido terreno para posições mais conservadoras e fundamentalistas. O discurso de ódio marca grande parte dos modos de convivências (mesmo e especialmente nas redes sociais) e o país se divide em opiniões quase irreconciliáveis. O descrédito acentuado nas instituições da República abala a qualidade das práticas democráticas e tem reforçado discursos perigosos de matiz salvacionista. São cada vez mais normais e incisivos os apelos às práticas autoritárias como condição instrumental para “salvar” o país do caos e reestabelecer a ordem das coisas, ao menos por parte de um grupo considerável de brasileiros.

A diversidade como um valor está sofrendo um perigoso ataque. Os nacionalismos, moralismos, fundamentalismos de todas as ordens vinculam a ideia de diversidade, pluralidade e diferença aos riscos de degenerescência da unidade e homogeneidade que devem constituir todas as comunidades. A diversidade é entendida como algo que deve ser extirpada para garantir a continuidade da tradição, para propagar a ideia de mais do mesmo, para produzir pertença e segurança. Não que esta estratégia seja nova. Destacamos alhures que a identidade se alimenta de seu

oposto, que une separando e separa unindo. Mas agora ela ocorre, dentro das democracias, com contornos aparentemente democráticos e por governos regularmente eleitos. O apelo à identidade-nós assume uma forte posição contra as minorias e tem desafiado os próprios conteúdos democráticos. Quando em tempos de “normalidade democrática” se apela para tipos de unidade identitária e se nega veementemente a ideia de diversidade, rotulando-a de perigosa para os projetos do grupo, o que está sob suspeita pública é a própria virtude e possibilidade da democracia proteger as minorias dentro dos Estados nacionais. Está em causa uma disputa, amplamente deflagrada, entre a forma majoritária de decisão e os conteúdos da democracia que não podem ser colonizados nem mesmo pela vontade da maioria. De fato, o mundo tem presenciado o fortalecimento das perspectivas conservadoras de todos os tipos. E em todos elas a ideia de ressignificar pertença e oferecer segurança ocupa um lugar central do discurso. Apelar para a nação, para a raça, para a pátria, para a mesmidade, tem sido a estratégia recorrente e bastante firme para se garantir a estabilidade no meio de tanta pluralidade. A identidade e seus discursos conservadores se prestam a isso. A dar um lugar, uma pertença, uma posição de permanência e segurança.

Numa sociedade cada vez mais individualizada, o grande desafio democrático é conectar pessoas, responsabilizá-las, sensibilizá-las pelos problemas comuns. O direito tem a missão de garantir que as regras desse jogo sejam transparentes, que o direito de todos, independentemente de qualquer diferença, seja igualmente uma preocupação da República. O direito e a política só podem aprofundar suas promessas e suas conquistas em ambientes democráticos. É necessário um compromisso declarado com a democracia e os direitos humanos, capaz de denunciar os lugares comuns do direito e contribuir para a construção de uma cultura jurídica constitucionalmente emancipatória.

Precisamos reafirmar um compromisso com o presente e o futuro de nossa democracia, denunciando, especialmente pelo viés da pesquisa jurídica, as injustiças sociais que deixam milhões de brasileiros sem

esperança, que ameaçam os direitos das minorias e que revelam uma tipo de relação histórica espúria que, pública ou veladamente, precarizam a legitimidade do próprio direito e das suas formas de representação material e institucionalmente. É preciso levar a sério o direito constitucional brasileiro. É preciso levar a sério o presente e o futuro de nossa democracia. Esperamos que os textos que compõem este livro possam ajudar nessas reflexões.

Estado, democracia e políticas públicas

O panorama controverso da saúde pública no Brasil: a (des)criminalização do aborto a partir de uma análise histórica e jurídica

*Giovana Knorst Chaves*¹
*Janaína Machado Sturza*²

1. Introdução

O aborto é uma prática que se perpetua através do tempo, sendo tratado de formas diferentes e específicas em cada momento histórico. Razão de diversos conflitos e posicionamentos, tal ato envolve, além de aspectos culturais, aspectos éticos, morais, religiosos, médicos e jurídicos. Ao longo de muitos anos, a gravidez foi considerada como algo sagrado. Inclusive, em vários momentos históricos, as mulheres eram endeusadas por terem o “poder” de gerar uma nova vida. No entanto, muitas não desejavam manter sua gestação e recorriam a abortos, em sua maioria clandestinos, em situações precárias, provocando graves sequelas a sua saúde física e psicológica. No Brasil, pode-se perceber que ao longo da história, o conteúdo relativo ao aborto, seja em momentos de ditadura ou de democracia, sempre foi regido por uma sociedade patriarcal.

¹ Graduanda em Direito pela UNIJUÍ. Bolsista PIBIC/CNPq do projeto “A complexa efetivação do direito à atenção básica em saúde no Brasil: paradoxos teóricos e normativos”. Integrante do grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). E-mail: giovanaknorst@gmail.com.

² Pós doutora em Direito pela Unisinos, Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre/Itália. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, lecionando na graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito. E-mail: janasturza@hotmail.com.

Assim, essa pesquisa tem como objeto geral descrever a relação entre o aborto e a saúde pública no Brasil, sob a perspectiva da (des) criminalização a partir dos direitos humanos, destacando os aspectos históricos e jurídicos do aborto no Brasil, a saúde da mulher, a carência de planejamento familiar e suas consequências, visto que diante de tantas outras normativas que caracterizam marcos para a proteção de mulheres vulneráveis em situação de aborto, ainda não foram atingidos idealmente. Percebe-se, assim, um estático desenvolvimento do aborto no país, uma vez que não há avanços, mas também não há retrocessos.

2. Conceituações

Segundo o AbcMed, o aborto é a interrupção precoce da gravidez, resultando na morte do concepto ou sendo causada por ela. Já para o site Politize!, o aborto é a interrupção de uma gravidez antes que ela se complete, ou seja, a expulsão do embrião ou do feto antes que ele se desenvolva totalmente, isso de um ponto de vista médico.

Conforme o Ministério da Saúde, o aborto é a interrupção da gravidez até a 20^a ou 22^a semana, com o produto da concepção pesando menos de 500 g, sendo este eliminado no processo de abortamento. De acordo com o dicionário jurídico DireitoNet, o aborto consiste na interrupção da gravidez com a consequente morte do produto da concepção, que pode ser realizada pela própria gestante ou terceira pessoa.

Nesse sentido, nota-se que o a palavra aborto, apesar das poucas letras, traz muito impacto, sendo sempre necessitado o seu conceito acompanhado. Por fim, constata-se que aborto vem do latim “ab-ortus”, e transmite a ideia de privação do nascimento, interrupção voluntária da gravidez, com a morte do produto da concepção.

3. Aspectos históricos do aborto no Brasil

É de suma importância que se comente a respeito dos aspectos históricos do aborto no Brasil, principalmente nas décadas de 1964 a 1985,

como também em 1985 até os dias de hoje. Seja no duro período da ditadura, ou no período democrático, o aborto sempre existiu, e, apesar das evoluções mundo afora, infelizmente o mesmo foi e continua sendo um grande tabu em meio a sociedade brasileira, assim como em grande parte da América Latina.

De 1964 a 1979, não existia, praticamente, nenhum debate público a respeito do aborto. Apesar das poucas falas, o Executivo chegou a decretar um novo Código Penal, em 1969, que não entrou em vigor, mantinha a incriminação do aborto, com exceção dos dois permissivos do código anterior, mas alterava as punições, introduzia controles do Estado para o aborto permitido por lei e aumentava a pena para a mulher que provocasse o auto-aborto (ROCHA, 2006, p. 370). Igualmente, no âmbito da sociedade civil, a discussão também era restrita, pois não existiam correntes que se manifestassem publicamente. Nem mesmo as feministas discutiam sobre o assunto, muito se vale pelo fato da época, pois aqui se relata os acontecimentos no auge da ditadura.

Entre 1979 e 1985, novas mudanças de pensamento ocorreram no campo político. No entanto, nada foi relacionado diretamente ao aborto. Nesse sentido, o Ministério da Saúde, em 1983, formulou um programa, chamado Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (Paism). Nele, era possível perceber algumas breves referências acerca da questão, encontradas no diagnóstico apresentado sobre a saúde da população feminina no país, em que se constatava a falta de informações a respeito do tema. (ROCHA, 2006, p. 370). Naquela época, as informações focavam as formas de prevenção da gravidez indesejada, para que não fossem realizados abortamentos, além do foco no planejamento familiar, métodos contraceptivos e controle de natalidade do país.

A partir de 1985 até 1989, o Brasil passava por uma transição democrática, abandonando o governo autoritário e dando boas-vindas à democracia. Nesse período, houve melhorias de instituições por meio da Assembleia Nacional Constituinte, que passaram a considerar um pouco mais a questão do aborto em meio as discussões sociais.

Entre 1985 e 1989, a sociedade civil passou a aparecer e a atuar em face do Estado. Os direitos das mulheres entraram na agenda política dos poderes Executivo e Legislativo e novos direitos foram assegurados na Constituição de 1988. (ROCHA, 2006, p. 371). A partir daí, a discussão sobre o aborto tomou novas proporções, essencialmente no tocante do embate entre o movimento feminista e as entidades religiosas. Com o fim da ditadura militar, em 1985, as mulheres ampliaram sua luta para ocupar espaços políticos na esfera do Executivo, exercendo um papel fundamental na Assembleia Nacional Constituinte, em relação aos movimentos de mulheres e seus direitos. Vale ressaltar que, nesse cenário, foi criado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM). (ROCHA, 2006, p. 371).

Em 1989 se inicia uma nova fase na configuração do Estado e da sociedade. A Constituição Cidadã abriu horizontes para transformações a serem realizadas pelos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). A democracia acabou por trazer algumas significativas mudanças na feição das discussões e decisões sobre os direitos das mulheres e, nesse quadro, sobre a questão do aborto. (ROCHA, 2006, p. 372). O que se sabe é que, durante o tempo mencionado, o aborto ganhou mais visibilidade, passou a ser discutido e conhecido pela sociedade. Porém, quanto à legislação, as mudanças não se deram na mesma intensidade, exceto pelo fato de que conseguiu-se estabelecer normas técnicas e criar serviços que procuram garantir o acesso ao aborto previsto em lei e o atendimento das mulheres em situação de abortamento. (ROCHA, 2006, p. 374). Nota-se que o que impede as mudanças legais são as tendências opostas ao aborto que tencionam o Parlamento para que nada seja feito. Não há avanços, mas o lado positivo é que também não há retrocessos.

Com a democracia, a sociedade civil conquistou voz, mesmo que muitos direitos não foram ainda totalmente conquistados. Mas se o avanço, mesmo que pequeno, for levado em conta, o povo caminha na busca de seus direitos e todo passo mesmo que curto, já é um motivo de vitória. Afinal, o Brasil é uma sociedade essencialmente patriarcal e, para que tal

padrão seja superado, são necessários cada vez mais debates acerca desta problemática.

4. Aspectos jurídicos do aborto no Brasil

No campo do Direito, o assunto aborto se faz presente no Código Penal em seus artigos 124 a 128 e 129, § 2, V.

O artigo 124 trata do auto-aborto, ou seu consentimento quando vem a ser outra pessoa que o provoca. Para quem comete os atos descritos nesse artigo, recebe a pena de detenção de um a três anos.

O artigo 125, refere-se ao aborto provocado sem o consentimento da gestante; Já o artigo 126, o aborto provocado com o consentimento da gestante. Nesses dois casos a pena é de reclusão de um a quatro anos, desde que a gestante não seja menor de quatorze anos, alienada ou débil mental, ou ainda se o consentimento não é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

No artigo 127, trata-se do aborto na forma qualificada, sendo que as penas anteriormente citadas são aumentadas de um terço nos casos em que o aborto ou os meios empregados fazem a gestante sofrer lesão corporal grave; e duplicadas se a mesma vir a óbito. Artigo 128: traz o aborto na sua forma necessária e humanitária.

Há ainda o artigo 129, § 2, V, que trata de lesões corporais de natureza grave quando resulta em aborto, nesse caso a pena de reclusão é de dois a oito anos. Nota-se nesse pequeno resumo quanto à legislação penal, que os únicos casos que não recebem penas estão apresentados no artigo 128.

No Código Penal Brasileiro existem duas possibilidades de aborto lícito, sendo a primeira o aborto necessário, tipificado no art. 128, I, dispondo sobre o caso de não existir outro meio de salvar a vida da gestante. A segunda trata do aborto humanitário ou sentimental, tipificada no art. 128, II, dispondo sobre a gravidez resultante de estupro na hipótese da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal, consentir. À vista

disso, nota-se que a lei não exclui a criminalidade do aborto, mas suprime a pena, na medida em que no caput do artigo descreve “não se pune”.

Para elucidarmos seu papel fundamental na legislação penal, Gelson Amaro de Souza Filho (2008, p. 380) afirma que

portanto, o aborto não pode ser considerado inconstitucional, pois se assim o fosse, não existiriam as duas possibilidades consagradas pelo Código Penal (aborto em caso de risco para a gestante e em caso de estupro). E o que assegura estas duas possibilidades é justamente a prevalência de um direito fundamental sobre o outro. No primeiro caso (aborto necessário), trata-se da vida do feto versus a vida da mãe, prevalecendo a da última. No segundo (aborto humanitário), ocorre o conflito entre a dignidade da vítima de estupro versus a vida do feto.

Ainda neste contexto, em 2005, a Portaria n. 1.508 do Ministério da Saúde dispôs sobre o direito das gestantes vítimas de estupro de interromper a gravidez através do Sistema Único de Saúde (SUS), independente de apresentarem registro de ocorrência policial. Em seu artigo 1º, determina que:

O Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei é condição necessária para adoção de qualquer medida de interrupção da gravidez no âmbito do Sistema Único de Saúde, excetuados os casos que envolvem riscos de morte à mulher.

Com efeito, a implementação desta legislação se faz de extrema importância e se caracteriza como um marco para a proteção de mulheres vítimas de violência sexual, dentre outras tantas relevantes. Logo, se mostra como uma forma de amparo às mulheres vulneráveis que se encontram nesta condição, uma vez que é necessária a capacitação e preparo dos profissionais da saúde para bem atendê-las. Desta maneira, a legislação garante o atendimento médico no âmbito do SUS e prevê equipe composta, no mínimo, por obstetra, anestesista, enfermeiro, assistente social e/ou psicólogo (art. 4º, § 3º).

Em 2012, o STF julgou procedente a ADPF 54 na qual se reconheceu a inconstitucionalidade da interpretação, segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada como aborto no ordenamento jurídico penal brasileiro. Assim, prevaleceu o voto do Ministro relator Marco Aurélio Mello ao argumentar que o anencéfalo juridicamente é morto e não goza de proteção jurídico-penal, “nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica”.

Nesse sentido, o Ministro assimila o anencéfalo como um natimorto cerebral, presumindo que não há vida humana, assim não se trata de crime de aborto. Todavia, devemos ressaltar a discussão fundamental da ADPF, sobre a permissão legal para interromper a gestação do anencéfalo, portanto, essa só se faz necessária por se tratar de ser humano vivo.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), a proibição do aborto não possui eficácia para que a prática seja impedida. Muito pelo contrário, leis restritivas estão associadas com altas taxas de abortos inseguros, que conseqüentemente levam a morte ou a complicações físicas e psicológicas irreversíveis. Portanto, deve-se lembrar que a mulher merece uma vida digna e saudável e que a criminalização do aborto não contribui para que isso seja, de fato, garantido.

Para melhor entender os fatos é preciso da análise de alguns números em relação ao aborto no Brasil. No ano de 2017 foram realizados 1.636 abortos seguros no Brasil, sendo que no mesmo ano foram realizadas 177.464 curetagens (raspagem da parte interna do útero), sendo que 2/3 desse número são ilegais, segundo o Ministério da Saúde. O mesmo ainda afirma que para o Sistema Único de Saúde (SUS), no ano de 2017 os custos com curetagem foram de R\$ 37,97 milhões (FERNANDES, 2018). Esse dado revela que os valores gastos com aborto ilegal são muito significativos, e é por isso que especialistas da área afirmam que se o aborto fosse legalizado os gastos seriam menores. Prova disso é que o aborto legal em 2017 teve gastos nitidamente menores quando comparados com as curetagens.

Diante disso, comprova-se que o aborto é praticado em grandes proporções e que impedir a mulher de realizar sua vontade, que é amparada por lei, e ainda submetê-la a constrangimentos, fere o princípio da dignidade humana que está estabelecido na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, III. É imprescindível que o Direito vá além de uma simples leitura de artigos, sendo necessário interpretações e sua correta aplicação em cada campo do direito, respeitando acima de tudo a dignidade da pessoa humana.

5. Uma questão de saúde pública

Nos dias atuais, no Brasil e na maior parte da América Latina, o aborto clandestino e inseguro é ainda um grave problema de saúde pública, e sua solução é um desafio que perpassa a exigência de medidas urgentes no processo de descriminalização. (DOMINGOS e MERIGHI, 2010, p. 178). Para Pimenta e Vilella (2012, p. 2)

A dignidade humana e os direitos fundamentais da mulher, considerando-se que a vida do feto, em geral, deve ser protegida e reconhecendo que a educação na área da sexualidade e da reprodução é comprovadamente a única política pública que apresenta resultados satisfatórios na redução da incidência do aborto, conclui-se que qualquer legislação que vise a diminuir a realização de abortamentos, deve ser preventiva e não punitiva.

Dessa maneira, evidencia-se que a principal problemática referente ao aborto fundamenta-se em uma questão de saúde pública, bem como a sua forma de realização, que na maioria dos casos ocorre de forma clandestina e sem segurança, já que mesmo sendo ilegal, ele é praticado. Destarte, o ato de abortar de forma insegura pode ser considerado uma injustiça social e fere os direitos humanos.

Segundo o IAG, Instituto Alan Guttmacher, citado por Varella, entidade americana que estuda a questão do aborto no mundo, cerca de 1 milhão de mulheres abortam todos os anos no Brasil. Mas a questão principal é: quantas mulheres morrem por ano por causa de abortos feitos em

locais clandestinos e quantas ficam com sequelas para o resto da vida por abortos maus feitos?

Os debates e polêmicas acerca da criminalização do aborto e da sua eficácia são muitos. Contudo, é notório que a atual proibição penaliza, sobretudo, a mulher de baixa renda e de baixa escolaridade, que realiza o procedimento em condições sanitárias péssimas, colocando sua vida e sua saúde em risco. A Organização Mundial da Saúde (OMS) afirmou que a proibição do aborto não é eficaz para combater sua prática. A simples criminalização de sua prática não fará com que as gestantes mudem sua percepção e não realizem o abortamento.

Assim, conforme a Pesquisa Nacional de Aborto 2016, realizada através de um levantamento domiciliar que combina técnica de urna e entrevistas face-a-face com mulheres de 18 a 39 anos, evidencia-se que o aborto é um fenômeno frequente e persistente entre as mulheres de todas as classes sociais, grupos raciais, níveis educacionais e religiões: na faixa etária de 35 a 39 anos, aproximadamente 18% das mulheres já abortou. Entre as de 38 e 39 anos a taxa sobe a quase 19%. No entanto, nota-se que há uma frequência maior do último aborto entre as mulheres jovens, com 29% dos abortos ocorrendo em idades que vão de 12 a 19 anos, 28% dos 20 aos 24 anos, caindo para abaixo a partir dos 25 anos. (DINIZ, MEDEIROS, MADEIRO, 2016, p. 655)

No ponto de vista econômico e social, vivemos em um país extremamente desigual, e essa disparidade é vista significativamente quando analisamos o aborto no Brasil. Mulheres de classes mais altas conseguem abortar, pelo menos, com o mínimo de higiene e segurança, no ponto de vista médico. Porém, quando o aborto é feito em mulheres pobres, o quadro é outro. Como essas mulheres não tem condições financeiras, acabam abortando em qualquer lugar, sendo expostas e sujeitas a todo tipo de agressão, seja física ou psicológica. Além disso, segundo Domingos e Merighi (2010, p. 178)

A clandestinidade transforma o aborto em um negócio lucrativo, garantindo a impunidade para aqueles que o realizam. Quem tem maior poder aquisitivo

utiliza as clínicas especializadas e têm acesso a uma assistência qualificada, enquanto quem não tem condições financeiras busca pessoas não habilitadas e métodos abortivos rudimentares [...].

Segundo o Ministério da Saúde (2009, p. 16), “as mulheres organizadas reivindicaram, portanto, sua condição de sujeitos de direito, com necessidades que extrapolam o momento da gestação e parto, demandando ações que lhes proporcionassem a melhoria das condições de saúde em todas os ciclos de vida”. Ao contrário, percebe-se que a prática do aborto se constitui como forma de discriminação e violência contra as mulheres em vários serviços de saúde. Segundo Santos (2013, p. 499), a precariedade e demora na assistência, pouco interesse dos médicos e das equipes em escutar e orientar as mulheres, além da discriminação verbal, são comportamentos identificados em vários profissionais e clínicas de saúde.

Ademais, gastos com a saúde de mulheres que fizeram abortos mal sucedidos são muito elevados. Segundo o ginecologista Jefferson Drezett, citado por Varela, coordenador do Ambulatório de Violência Sexual e de Aborto Legal do Hospital Pérola Byington, em São Paulo, “os recursos que gastamos para tratar graves complicações do aborto clandestino são muito maiores que os recursos de que precisaríamos para atender as mulheres dentro de um ambiente seguro e minimamente ético e humanizado”. Outrossim, Santos (2013, p. 495) afirma que

Ações relacionadas à saúde da mulher, como o planejamento familiar, vinculadas à atenção primária, são parte das responsabilidades mínimas da gestão municipal, conforme define a Norma Operacional da Assistência à Saúde do Sistema Único de Saúde (SUS). Entretanto, alguns municípios não têm conseguido implantar e programar estratégias adequadas para o fornecimento de anticoncepcionais à população nem garantir o acompanhamento desses [...]

Dessa maneira, o que explica em parte o grande número de abortos provocados no Brasil são as deficiências dos programas oficiais de planejamento familiar, que não educam. (TELAROLLI, 1997, p. 97). Sem a contracepção correta e sem o acompanhamento e o planejamento adequado – apesar deste último estar previsto pela Constituição Federal, em seu artigo 226, parágrafo sétimo e também pela Lei nº 9.263, de 1996 -, muitas mulheres engravidam e abortam em seguida pois não possuem o amparo que necessitam. Assim, as complicações de saúde decorrentes dos abortos, são a primeira causa de mortalidade materna na América Latina, inclusive no Brasil. (TELAROLLI, 1997, p. 98).

6. Considerações finais

A defesa em torno da descriminalização do aborto acontece ao redor da questão de tratá-lo como um problema de saúde pública e permitir que a mulher o realize conforme for sua vontade, até certo período da gestação, assim, ocorrendo de forma segura para mulher, sem a colocar em risco e preservando sua saúde psicológica. Com efeito, pode-se constatar que a proibição do aborto não possui eficácia para que a prática seja impedida, conforme rege a Organização Mundial da Saúde (OMS), uma vez que, as complicações de saúde decorrentes dos abortos, são a primeira causa de mortalidade materna na América Latina, inclusive no Brasil. Ora, pois, salienta-se que a criminalização intensifica a mortalidade materna e o número de abortos provocados.

Assim, enfrentar o fenômeno do aborto como uma questão de saúde pública significa entendê-lo como uma questão de cuidados em saúde e não como um ato de infração moral de mulheres. Precisamos tirar isso dos paradigmas religiosos e morais e tratá-lo como um problema social, disponibilizando a assistência que for necessária. Por fim, diante da pesquisa realizada, infere-se que os objetivos requeridos foram atingidos, uma vez que, foi possível constatar que as mulheres grávidas, sendo um grupo vulnerável, merecem exercer seus direitos de modo efetivo, cabendo ao Estado propor esta garantia. Assim, o direito à vida vem sendo flexibilizado afim de assegurar direitos, como o direito à liberdade e sexualidade da mulher, já que a inviolabilidade prevista do direito à vida não é absoluta.

Referências

ABCMED. **Artigo aborto: O que é? Como é feito? Quais são os riscos? Como age a (pílula do dia seguinte)?** 14 jun, 2013. Disponível em: < <https://www.abc.med.br/p/saude-da-mulher/359669/aborto+o+que+e+como+e+feito+quais+sao+os+riscos+como+age+a+quot+pilula+do+dia+seguinte+quot.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

ANJOS, Karla Ferraz dos; SANTOS, Vanessa Cruz; SOUZAS, Raquel; EUGÊNIO, Benedito Gonçalves. “**Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos**”. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v37n98/a14v37n98.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Política nacional de atenção integral à saúde da mulher: princípios e diretrizes**. 2009. Disponível: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_mulher_principios_diretrizes.pdf >. Acesso em: 23 abr. 2019

CHADE, Jamil. **Proibição não reduziu abortos, constata OMS**. Estadão, Suíça. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,proibir-aborto-nao-reduz-numero-de-ocorrencias-diz-oms,70002018731>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

DICIONÁRIO JURÍDICO ONLINE. **Conceito de aborto**. 18 ago, 2009. Disponível em: < <https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/2/Aborto>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

DINIZ, Debora. MEDEIROS, Marcelo. MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016**. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2017, vol.22, n.2, pp.653-660. ISSN 1413-8123. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>> Acesso em: 22. Abr. 2019.

DOMINGOS, Selisvane; MERIGHI, Miriam. “**O aborto como causa de mortalidade materna: um pensar para o cuidado de enfermagem**” Rio de Janeiro. **Escola Anna Nery**. Vol.14, no.1. Jan/Mar. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-81452010000100026>. Acesso em: 22 abr. 2019.

FERNANDES, Marcella. Aborto no Brasil: **Como os números sobre abortos legais e clandestinos contribuem no debate da descriminalização**. Disponível em: < https://www.huffpostbrasil.com/2018/07/31/aborto-no-brasil-como-os-numeros-sobre-abortos-legais-e-clandestinos-contribuem-no-debate-da-descriminalizacao_a_23486575/ >.

POLITIZE!, **Artigo aborto: entenda tudo sobre essa questão**. 17 nov, 2016. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/aborto-entenda-essa-questao/>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

ROCHA, Maria Isabel Baltar. **A discussão política sobre aborto no Brasil**: uma síntese. R. bras. Est. Pop., São Paulo, v. 23, n. 2, p. 369-374, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v23n2/a11v23n2.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

SANDI, Stella de Faro; BRAZ, Marlene. “**As mulheres brasileiras e o aborto**: uma abordagem bioética na saúde pública”. Revista Bioética, v. 18, n. 1, 2010. Disponível em: < http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/541/527>. Acesso em: 23 abr. 2019.

SANTOS, Vanessa Cruz; ANJOS, Karla Ferraz dos; SOUZA, Raquel; EUGÊNIO, Benedito Gonçalves. “**Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública**”. Brasília. Revista de Bioética vol. 21, no. 3 Set/dez de 2013. Acesso em: 21 abr. 2019.

SOUZA FILHO, G. A. **A situação jurídica do aborto no Brasil**. Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama. v. 11, n. 2, p. 371-383, jul./dez. 2008.

TELAROLLI, Rodolpho. “**Mortalidade infantil**: uma questão de saúde pública”. São Paulo. Moderna, 1997.

VARELLA, Mariana. **Artigo aborto: um problema de saúde pública**. Site UOL, página Doutor Dráuzio Varella. Disponível em: <<https://drauziovarella.uol.com.br/para-as-mulheres/aborto-um-problema-de-saude-publica/>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

VILLELA, Wilza; PIMENTEL, Silvia. “**Um pouco da história da luta feminista pela des-criminalização do aborto no Brasil** “. Ciência Cultura. vol.64. São Paulo. Abril/Junho, 2012. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000200010>. Acesso em: 22 abr. 2019.

Potenciais de educação escolar em criar cultura de direitos humanos

*Helton José Zanchi*¹

1 Considerações iniciais

Não é nova a busca por uma escola democrática com capacidade de formar cidadãos críticos. No Brasil, este debate aparece nas primeiras décadas do século passado e se estende, entre avanços e retrocessos, até nossos dias, é importante ressaltar que, toda vez que os avanços ameaçaram romper com os privilégios das classes dominantes, as reações pela manutenção do imobilismo social, logo tratavam de impedir qualquer mudança significativa. É importante salientar que, por essência, nenhum projeto político pedagógico sério, permite a presunção de supor que a educação sozinha possa mudar o mundo, nem tampouco a ingenuidade de negar suas potencialidades, mas, acima de tudo, deve alimentar a esperança de alcançar alguma mudança social.

Aprender a ver e compreender a realidade em que se vive, nunca foi tarefa fácil, exige um aprendizado diário e cumulativo e, acima de tudo, trata-se de um direito humano que a escola não pode negligenciar. Em outras palavras, formar em e para os direitos humanos, pressupõe metodologia crítica e meios adequados para que o aluno se reconheça, se

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos da UNIJUI-RS, Graduado em Ciências pela UPF-RS, Especialista em Gestão, Supervisão e Orientação educacional. Professor estadual-SEDUC-RS. E-mail: heltonzanchio@gmail.com

expresse e usufrua de seus direitos. Pressupõe ainda que o educando seja capaz de compreender o significado das lutas por estes direitos no processo histórico em que foram erigidos.

As discussões sobre a positivação dos direitos humanos em nossos dias, e a disposição de educadores e instituições em promover este debate no ambiente escolar, provocam algumas reflexões sobre a importância desta articulação. Este artigo parte da compreensão de que a escola, por ser um lugar de socialização de saberes e espaço político pedagógico de formação das novas gerações, deveria interessar-se em promover esta interação. Neste sentido, pretende-se aqui contribuir para que pesquisadores e educadores reflitam sobre este campo do saber, descubram e desenvolvam possibilidades metodológicas adequadas para a educação em e para os direitos humanos.

2 Direitos humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, afirma em seu primeiro artigo que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São

dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Assim, surge uma forma, em meio à turbulência e ao caos do pós-guerra de reafirmar o conjunto de direitos anteriormente proclamados na Revolução Francesa, de quase dois séculos antes, preceitos que, embora pensados anos antes, foram gritantemente tolhidos especialmente durante os dois grandes conflitos mundiais que marcaram a primeira metade do século XX.

Talvez por isso, o contexto social e político de 1948 fosse próprio para se fazer a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pois serviu de marco maior do processo de reconstrução dos fundamentos da dignidade da vida humana. Introduz ela a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Por outro lado, coloca-se que a positivação de caráter universalista é muito

relativa em termos de concretude e efetividade, pois continua extremamente abstrata por não estabelecer meios capazes de colocá-los em prática. A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de diversos instrumentos internacionais de proteção. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos - do “mínimo ético irredutível”. O ser humano passa a ser cidadão do mundo.

Mas percebe-se que mesmo com os tratados e pactos, a realidade entre o que se acorda e resolve e a vida real das pessoas continua mergulhada em situações de opressão e desigualdade. Necessita-se de ações além de acordos e decisões que colocam todos numa mesma situação. Piovesan (2006) faz-se necessário a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta direta e diferenciada. É preciso perceber a necessidade de conferir, a determinados grupos, uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Assim, a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para a promoção de direitos, ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade e a condição de vulnerável que se encontram lhes assegura um tratamento diferenciado trazendo dignidade como ser humano.

Apenas a exigência do reconhecimento e da redistribuição permite a realização da igualdade. Santos (2003) diz que “[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”.

A fundamentação e concretização dos direitos humanos não está isenta de condicionantes culturais e históricas que, inevitavelmente, conduzem o debate ao relativismo e à negação da universalidade dos direitos humanos. Uma sociedade de significativa diversidade cultural como a contemporânea não precisa aceitar os mesmos instrumentos e tampouco os mesmos conceitos, mas precisa aprender a dialogar partindo de uma base comum de valores humanos que garantam a dignidade do homem como tal e, na mesma direção, o direito de se viver a diferença nos limites da não negação da igualdade presente nos homens em razão de sua humanidade (LUCAS, 2010; 43).

“É consenso hoje que a sociedade mundial deseja que os direitos humanos incorporem as agendas nacionais e transformem radicalmente a realidade de todos aqueles que precisam ser protegidos da violência e ter sua dignidade preservada. Acontece que o reconhecimento dos direitos humanos não se dá de modo igual em todos os países. Condições econômicas, culturais, políticas, etc., interferem na forma como cada país estabelece sua política de direitos humanos” (Lucas, 2010; 45).

Os direitos são universais porque a lógica humana é universal, a dignidade de um é igual à dignidade do outro. O mundo cultural reivindica seu diferencial, mas não naquilo que é igual a todo o ser humano. Esta particularidade, como diz Morin (2003) é a coisa mais universal no ser humano.

A comunicação aberta e sem coação poderá definir uma agenda que não fomente o isolamento das diferenças, mas que fortaleça as reciprocidades decorrentes de defesas da dignidade da humanidade da vida e do reconhecimento da importância da pessoa. É nesse sentido que podemos pautar os direitos humanos como um movimento que poderia amparar estes diálogos que lutam para amparar as particularidades, as complementaridades e as forças em compartilhamento.

Apesar dos problemas de efetividade material, a defesa dos direitos humanos tem-se consolidado e envolvido, cada vez mais, os organismos internacionais e

as organizações não governamentais, bem como preocupado um número sempre mais significativo de cidadãos individualmente considerados..... O grande desafio, ao final de tudo, é coadunar a ideia de direitos humanos com a igualmente necessária preservação dos caracteres próprios às diferentes culturas. O ponto crucial do problema é saber identificar o limite entre a aceitação e a assimilação, compondo a noção de universalidade com as características comuns e necessárias de cada cultura, a fim de que a tessitura dos direitos humanos, no espaço de discussão mundial, não fique manchada pelo império de uma ou de outra característica cultural em particular (LUCAS, 2010; 23-29).

Podemos dizer que direitos humanos não é a pauta em si, mas como movimento social devem pautar as integralidades das lutas das diferenças e igualdades. A sociedade cada vez mais globalizada as diferentes lutas aumentam repudiando a escravidão, a perseguição religiosa, a exclusão das minorias, a submissão da mulher, a discriminação contra as pessoas com deficiências de todos os tipos, a autocracia e outras formas de organização do poder autocrático.

O cerne da luta dos direitos humanos sempre foi contra à opressão e busca do bem-estar do indivíduo; conseqüentemente, suas “ideias-âncoras” são referentes à justiça, igualdade e liberdade, cujo conteúdo impregna a vida social desde o surgimento das primeiras comunidades humanas. A terminologia dos direitos humanos conta com ampla diversidade de termos e designações: direitos humanos, direitos fundamentais, direitos naturais, liberdades públicas, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais e passa por mudanças e formulações diferenciadas, mas todos dizem respeito a relações sociais dos indivíduos para que estas não sejam marcadas pelo desrespeito, a dor, o sofrimento e a crueldade.

O principal objetivo era de que todos os homens deveriam ter direitos que protegessem os valores humanos fundamentais. Assim, iniciou-se um processo de ruptura e luta contra o Estado e de luta contra as injustiças e o sofrimento das pessoas. Neste sentido há quatro principais gerações de direitos que surgiram, no século XVIII, como direitos civis, ampliaram-se,

no século XIX, como direitos políticos, desenvolveram-se, no início do presente século, como direitos econômicos e sociais e consolidaram-se, no final da primeira metade do presente século, como direitos de solidariedade ou direitos do homem no âmbito internacional (Bedin, 1998; 99).

Diversas são as conceituações dos Direitos Humanos, sendo a mais difundida a que considera que são os direitos fundamentais que os seres humanos possuem pelo simples fato de serem humanos, por sua natureza humana e pela dignidade que é própria da condição humana. Faz parte de uma compreensão de que o homem precisa emancipar-se, ser digno para viver e conviver em uma sociedade democrática, por isso são uma invenção humana em constante construção (Arendt, 1979).

2.1 DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO NO BRASIL

A crise do modelo econômico que reestruturou o estado capitalista nas últimas décadas e que constituiu o chamado pós-neoliberalismo, obrigou os pensadores deste ideário a promoverem novos argumentos para justificar, neste começo do século XXI, a crescente necessidade de aumento do poder da riqueza. Esse novo arranjo expressa uma ofensiva do capital sobre a ordem social em que o campo econômico constitui-se no fundamento, em torno do qual se articulam o social e o educacional, além de ser o parâmetro maior de orientação das políticas públicas em geral. Para promover a ofensiva mundial de políticas orientadas para garantir a continuidade dos lucros, tendo como base o consumo, organismos internacionais voltaram suas atenções de forma padronizada e global a todos os países, principalmente aqueles chamados de “economias emergentes”, entre os quais está o Brasil. Essas instituições internacionais assumiram, entre outras atribuições, a responsabilidade pela elaboração e divulgação das diretrizes gerais e orientadoras das reformas de estado, em especial na área econômica, mas com foco também no setor educacional.

Nesse aspecto, a educação como direito social consagrado no art. 6º, acaba por assumir um papel essencial nesse contexto, com a função de formar cidadãos conscientes da importância histórica de seus direitos:

Afirmar que os direitos humanos são direitos “naturais”, que as pessoas “nasceram” livres e iguais, não significa dizer que a consciência dos direitos seja algo espontâneo. O homem é um ser que deve ser “educado” pela sociedade. A educação para a cidadania constitui uma das dimensões fundamentais para a efetivação dos direitos, tanto na educação formal quanto na educação informal ou popular e nos meios de comunicação. (TOSI, FERREIRA, 2017, p. 45)

Cumprir destacar que no ano de 1993 criou-se, durante a II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, o Programa Mundial para a Educação para os Direitos do Homem e para a Democracia, para o qual foi criado, em 2004 pela UNESCO, um plano de ação. Do referido plano destacam-se, segundo TOSI e FERREIRA (2017), cinco componentes:

Elaboração de políticas, de forma participativa, com base legal e estratégias coerentes; - implementação de políticas, com planejamento, facilitando o envolvimento de todas as partes; - promoção dos direitos humanos e liberdades fundamentais no ambiente de aprendizagem; - processos participativos e democráticos na linha ensinando e aprendendo; - formação inicial e continuada dos profissionais da educação com foco na Educação em Direitos Humanos. (2017, p. 48)

Portanto, constata-se que tais medidas educacionais voltadas para os Direitos Humanos e para a efetivação de uma cultura de paz ainda são recentes no âmbito das organizações internacionais. No Brasil, o reflexo da II Conferência, no âmbito da educação, veio em 2003, com a criação do Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos, cuja finalidade, dentre outras, era de criação de um Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos e de monitorar a efetividade de suas medidas. Portanto, esse plano é resultado de discussões nacionais e internacionais sobre a radicação dos direitos humanos nas jovens sociedades democráticas.

Esses resultados, contudo, também são frutos das discussões que surgiram no Brasil a partir da década de 1950, influenciadas pelas ideias de alguns educadores progressistas, entre os quais podemos destacar Paulo Freire, cuja referência é de uma educação libertadora e humanizada, com a finalidade de emancipação humana, também chamada de “paradigma

curricular de racionalidade crítico-emancipadora. ” (MENEZES; SANTIAGO, 2017).

Em seguida, com a propagação dos planos e ações do PNEDH, surgiram críticas de que esses documentos eram apenas intenções pouco práticas, contudo, segundo Raiane Patrícia Severino Assumpção e Fabrício Gobetti Leonardi,

O PNEDH não tem papel normativo-legal, mas sim político. Portanto, possui uma dimensão educativa e uma dimensão ético-política estrutural, intrínsecas à *própria existência do ser humano*. Partindo desse pressuposto, conseguimos avançar frente aos argumentos que apontam esses documentos apenas como intenções ou orientações pouco precisas, ou ainda como um descompasso - confronto direto - com a construção histórica e dinâmica da sociedade brasileira. (2017).

Nesse contexto, importante destacar o fato de que os Direitos Humanos são naturais e universais, assim como são interdependentes e indivisíveis, porquanto interessam a todos e pertencem à essência humana. De acordo com Maria Victoria Benevides (2017), a indivisibilidade é de suma importância, porque

“...temos exemplos históricos, também no século XX, de regimes políticos que valorizaram exclusivamente os direitos sociais, como o regime soviético, em detrimento da liberdade; assim como temos vários regimes liberais que pregam a liberdade mas descartam a obrigatoriedade dos direitos sociais. (Benevides, 2017)

Assevera-se, portanto, que a orientação para uma educação em Direitos Humanos é no sentido de uma formação ética, de cidadania, que visa a ocupar espaços de diálogos e construção de consciências. Benevides (2017) diz que a educação em Direitos Humanos é “essencialmente a formação de uma cultura de respeito à dignidade humana através da promoção e da vivência dos valores da liberdade, da justiça, da igualdade, da solidariedade, da cooperação, da tolerância e da paz”.

Para tanto, é imprescindível que essa educação seja libertadora, voltada para a mudança, apoiada em projetos de conscientização crítica da estruturação social de um país a partir de uma concepção histórica:

Os elementos político-pedagógicos da educação libertadora contribuem para estabelecer uma relação dialética entre o currículo e o contexto histórico, social, político e cultural, ou seja, tratar o currículo na dimensão da totalidade em que os diferentes contextos, num processo dinâmico, se relacionam e se influenciam. Essa compreensão crítico-emancipatória possibilita situar o currículo na direção de um projeto social que contribua para a emancipação dos sujeitos (MENEZES; SANTIAGO, 2017).

No Brasil, por exemplo, a estruturação social e do Estado ocorreu sem a participação efetiva da população, por meio de processos discriminatórios, porquanto até hoje enfrentamos diversos problemas devido à falta de negros, pobres e mulheres nos assentos das decisões políticas. Tal aspecto revela ainda uma carência de uma educação transformadora. Portanto, trata-se da necessidade de uma educação com vistas a criar uma cultura em Direitos Humanos:

“Nossas argumentações são a favor da criação de espaços de discussão dos direitos humanos nos processos educativos como uma das formas mais eficazes de combate à exclusão social pela consciência dos direitos que são inerentes a todos os indivíduos” (Silva, 2018).

Assim, o ensino dos Direitos Humanos nas instituições deve ser voltado para a transformação social, especialmente através de uma mudança dos valores discriminatórios incrustados na sociedade, migrando para uma cultura democrática. Diante desse contexto, cabe ressaltar a importância das Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos:

Art. 3º A Educação em Direitos Humanos, **com a finalidade de promover a educação para a mudança e a transformação social**, fundamenta-se nos seguintes princípios: I - dignidade humana; II - igualdade de direitos; III - reconhecimento e valorização das diferenças e das diversidades; IV - laicidade

do Estado; V - democracia na educação; VI - transversalidade, vivência e globalidade; e VII - sustentabilidade socioambiental. (BRASIL, 2017) (grifo nosso)

Importante a crítica de que, diferente da ideia cartesiana, a educação acerca da dignidade humana não deve repousar apenas na racionalidade, mas também nas emoções e sentimentos, pois, não são raras as vezes que se cria uma onda abrangente de sentimento de ódio acerca de um fato, que acaba atingindo um grupo de pessoas socialmente estigmatizada. Portanto, educação serve como forma de preparar também as emoções para o convívio em sociedade, com as diferenças.

Ademais, a educação voltada para a formação de cidadãos “não pode partir de uma visão da sociedade homogênea, como uma grande comunidade, nem permanecer no nível do civismo nacionalista” (BENEVIDES, 2017). Mas, além disso, deve envolver todos os atores presentes no universo escolar numa formação “participativa e solidária, consciente dos deveres e direitos – e, então, associá-la à educação em direitos humanos”.

Tal pensamento é reforçado a partir da crítica de Paulo Freire à chamada “educação bancária”, na qual se concebe os educandos como “depósitos vazios a serem preenchidos por conteúdos do domínio exclusivo do (a) professor (a)”, e ainda, de acordo com Menezes e Santiago (2017), os alunos, durante esse processo taxativo de aquisição de conhecimento, acabam perdendo os questionamentos, a curiosidade, para fins de adaptação aquiescente à sociedade, revelando-se num processo desumanizador.

No contexto de educação para a vida em sociedade surge a importância do intercâmbio desta com a cidadania e com a democracia, ou seja, para uma cidadania democrática, visto que estamos hoje no país, atravessando um período em que a educação parece caminhar na direção de um civismo fundamentalista, sem nenhuma participação democrática:

Regimes totalitários levaram ao extremo a formação do cidadão ligado à pátria, à nação, ao seu passado histórico, ao projeto do futuro. Aliás, regimes

totalitários são aqueles que mais mobilizam cidadãos para um tipo de educação cívica que não tem nada a ver com educação em direitos humanos, com educação democrática (BENEVIDES, 2017).

2.2 Educação emancipadora

Vivemos um tempo em que as realidades sociais não estão mais permeadas pela defesa de criação e manutenção nas nações e sim por discursos menos institucionais expressando interesses de minorias que querem falar, serem ouvidas e entendidas. Trata-se de desejo de usar a gramática – a própria língua dos cotidianos –, o cultivo de religiões e costumes, acesso aos elementos de dignidade, lutas por saúde, assistência social, proteção, trabalho. Estes discursos, lutas e movimentos são próprios do tempo dos direitos culturais, como diz Touraine: *“trata-se os grupos definidos em termos de nação, etnia, religião que só tinham existência privada, adquirem agora uma existência pública às vezes suficientemente forte para questionar sua pertença à determinada sociedade nacional”* (2010;169).

A recusa dos Estados nacionais em reconhecer estas diferenças das minorias e as forçar a se adequar a comunidade nacional é que produz estes fenômenos. Não estamos falando dos novos refugiados e sim de países que possuem longa história de miscigenação de culturas e que desprezaram as diferenças mantidas sufocadas. São comunidades que estão fragilizadas nas comunidades nacionais. Por isso não são mais considerados direitos políticos e sim culturais que não forcem ou impõe a seus membros um civismo ou fidelidade a princípios universais, mas que sejam reconhecidos e respeitados, ouvidos e entendidos. Não é um novo comunitarismo pois se consideram respeitam as liberdades individuais, propondo soluções para seus problemas de exclusão das minorias que queiram participar na sociedade democrática, como todo o cidadão.

Queremos dizer com isso que a educação escolar precisa perceber que o enfoque de abordagens das aprendizagens está no sujeito mais que no sistema, pois é a pessoa que está exposta a invasão do mundo das

comunicações, do consumo e sofrendo os impactos das mudanças culturais. Por isso armam situações de conflitos, violências, agressões e reivindicações dos mais variados interesses, pessoas que querem não mais o direito de ser como os outros, mas de ser outro, protegendo suas características, as diferenças e mostrando que cada um pode construir condições de vida, individual ou coletiva, sem perder seus traços de identidades particulares. Ou seja, trata-se da compreensão de não há mais uma cultura universal capaz de responder as exigências da vida civilizada e que os projetos educativos não podem mais se fazer com base em massificações e generalizações. Estamos permeados pelas perspectivas de livre escolha das condutas, liberdades de consciência e de manutenção de imagens do indivíduo particular que quer ter seu direito de ser sujeito, o direito de ser livremente si mesmo, mesmo que isso escancare os conflitos (Touraine, 2010).

3 Considerações finais

O discurso da educação emancipatória precisa deslocar-se da sociedade estruturada por relações de classe, do Estado como o mecanismo de controle da sociedade e voltar-se para os atores sociais e movimentos sociais. Há um novo paradigma no ar, não mais o da formação da consciência e sim a do diálogo, da interação discursiva que podem levar a acordos provisórios sobre interesses que podem levar a uma melhor organização de luta, mas que não obriguem os indivíduos a ficarem amarrados a engajamentos a uma pátria, um partido ou a um dogma. Ficam apenas o tempo em que as afetividades, as solidariedades, as generosidades e as individualidades não sejam ofendidas ou ameaçadas. Se um movimento ou luta não respeitar estes elementos do sujeito se quer a liberdade de sair e ir cuidar do seu cachorrinho em casa, pois ali tem certeza que estes “valores” não serão corrompidos.

Não se trata de uma visão negativa da educação política dos sujeitos, mas de mostrar que o conteúdo da ação política e da democracia tão defendida na educação emancipadora mudou. A arena é outra, mas

igualmente importante. Ou seja, como podemos encontrar a universalidade nestes interesses para formar o princípio democrático? Como a educação vai despertar este universalismo nas crianças e jovens ao ponto de promover as redes de motivações racionais que constroem as sociabilidades humanas?

Por serem difusos, concretos e dizer respeito a uma determinada população é que os direitos culturais possuem mais forças de mobilização para inventar uma nova forma de viver juntos, iguais e diferentes e permite se pensar uma nova concepção de cidadania ligada ao processo de participação, sempre e em todas as esferas públicas: participação nas decisões, participação nas implantações destas e participação na avaliação, independente da classe dos sujeitos. E isso não se contrapõe aos direitos políticos e econômicos, mas o complementam, completam e concretizam junto aos princípios da justiça, da liberdade, da democracia e dos direitos humanos em todos os aspectos da existência e coexistência.

Se o indivíduo criou consciência de ter direito a ser ele mesmo também percebeu de que assim também é o outro. Tudo começa com ele – o Eu - num processo que podemos chamar de unificação e individualização percebida como possível graças a existência do outro que também luta contra a violência, a mercantilização da vida, o estranhamento. O sujeito se afirma exatamente na percepção dos conflitos e ameaças em que ele e o outro resistem. É a consciência de si mesmo como sujeito, que não quer ser humilhado, desprotegido, desrespeitado, esquecido, incompreendido, silenciado. O conjunto destes sujeitos quando podem ir para os movimentos sociais lutar para fazer a transformação dos artificialismos a que estão inseridos nos últimos tempos.

Em termos macros, estas transformações só podem acontecer pela comunicação intercultural que é o diálogo entre indivíduos e coletividades que dispõem, ao mesmo tempo, dos mesmos princípios e de experiências históricas diferentes para se situarem uns em relação aos outros. Sofremos as mesmas ameaças de sobrevivência e nossos descendentes, assim como

a de muitas espécies vegetais e animais, as condições climáticas que permitem nossa existência. Entra aí a interdependência de nossa consciência de responsabilidade e nossa angústia da autodestruição que nos desafia a forças de criar e de reconhecer no outro àquele que está em relação com os mesmos problemas com que eu estou relacionado e cuja história não está totalmente separada da minha própria história.

No decurso das últimas década sentimos com intensidade cada vez maior que estamos pendendo para a situação onde a criação de nós mesmos que determina nossa capacidade de resistir às forças de morte e de vencê-las, ao passo que o espaço social se reduz a um lugar de encontro, de conflitos ou de tréguas entre forças opostas, mas igualmente entranhas a vida social: de um lado, as que provêm do mercado, da guerra e da destruição de todos os elementos da vida e, de outro, as que apelam não à ordem social ou ao impulso do desejo, mas a afirmação de si e de nós como sujeitos de nossa existência e como autores de nossa liberdade (TOURAINÉ, 2010; 211).

A educação para a emancipação assenta-se sobre este novo pressuposto da liberdade, da autonomia e da sustentação do direito a palavra que opera as relações intersubjetivas respeitadora da dignidade e do reconhecimento.

Referências

- ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Rio de Janeiro: Documentário, 1976.
- _____. **A condição humana**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ASSUMPÇÃO, Raiane Patrícia Severino; LEONARDI, Fabrício Gobetti. **Educação em Direitos Humanos na Sociedade Brasileira. Unidade 3**. Disponível em: <http://www.comfor.unifesp.br/wpcontent/docs/COMFOR/biblioteca_virtual/EDH/mod2/Bloco1_Unidade3.pdf> Acesso em: 12 nov. 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm> Acesso em: 10 nov. 2017.

BEDIN, Gilmar Antônio. **Relações Internacionais e Globalização- Grandes Desafios-**. Ijuí: Ed. Unijui,1998.

BENEVIDES, Maria Victoria. **Educação e Direitos humanos: de que se trata?** Disponível em: <<http://www.hottopos.com/convenit6/victoria.htm>> Acesso em: 14 nov. 2017.

LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos Humanos e Interculturalidade**: um diálogo entre a igualdade e a diferença. Coleção Direito, Política e Cidadania. Editora Unijui. Ijuí/RS, 2010.

PNEDH. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/docman/2191-plano-nacional-pdf/file,>> acesso em 20 outubro 2019.

MENEZES, Marília Gabriela; SANTIAGO, Maria Eliete. **Contribuição do pensamento de Paulo Freire para o paradigma curricular crítico-emancipatório**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pp/v25n3/v25n3a03.pdf>> Acesso em: 20 nov. 2017.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. Tradução de Eloá Jacobina – 8ª Edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza Santos. **Reconhecer para libertar**: os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003

SILVA, Enio Waldir. **Direitos humanos e as lutas emancipatórias na contemporaneidade**. Ijuí: Ed. Unijui, 2018. – 208p.

TOSI, Giuseppe, FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra. **Educação em Direitos Humanos**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2017.

TOURAINÉ, Alain. **Viver Outramente**- o discurso interpretativo dominante. Petrópolis: Vozes, 2010

Entre o excesso de judicialização e as tentativas de desjudicialização: caminhos para a efetivação dos direitos previdenciários no Brasil

*Humberto Seadi*¹

1 Considerações iniciais

Noticiou-se recentemente a realização de um pacto, estabelecido no âmbito dos diversos Poderes do Estado brasileiro, cuja principal finalidade é a chamada desjudicialização das questões referentes à Previdência Social no Brasil. A iniciativa recebeu o nome de “ESTRATÉGIA NACIONAL INTEGRADA PARA A DESJUDICIALIZAÇÃO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL” (Conselho Nacional de Justiça - CNJ, 2019).

Ao se pretender desjudicializar determinado tipo de relações, como ocorre no caso daquelas atinentes à Previdência Social, resta notória a preocupação do Estado brasileiro e dos atores envolvidos no aludido pacto com o fenômeno reverso, isto é, com aquilo que se considera uma judicialização excessiva, no âmbito do sistema judiciário, deste tipo específico de demandas. Judicialização e desjudicialização, afinal de contas, apresentam-se como duas faces de uma mesma moeda (CAVACO, 2017) e assim devem ser estudadas.

É a partir deste contexto que se elabora o presente artigo, no qual se buscará desenvolver uma análise sobre o contexto de judicialização das

¹ Mestre em Direito, URI – Santo Ângelo; Doutorando em Direitos Humanos – UNIJUI. humberto.seadi@gmail.com

relações sociais no Brasil, mais especificamente daquelas que ocorrem no âmbito do sistema brasileiro de Previdência Social.

De outra banda, busca-se compreender e criticar o movimento atual de desjudicialização, especialmente questionando seus aspectos positivos e negativos, ainda mais dentro do contexto da Reforma da Previdência hoje levada a efeito no âmbito Federal e que muito provavelmente atingirá em breve outras unidades da Federação. Pretende-se, ao final, perquirir em que contexto seria possível adotar uma estratégia de desjudicialização frente ao conturbado quadro de debate sobre os direitos previdenciários dentro do Poder Judiciário brasileiro.

A temática é especialmente sensível quando se considera a inter-relação entre o papel do Estado na condução de Políticas Públicas e na efetivação de Direitos Sociais instituídos (e, porque não dizer, constituídos) no texto constitucional.

Tome-se, inicialmente, e por uma questão cronológica, o quadro de judicialização no direito brasileiro, analisando esta circunstância a partir do surgimento da Constituição Federal de 1988. Após, pretende-se examinar a desjudicialização, frente às propostas atuais acerca deste tema.

2 Os fenômenos da judicialização e da desjudicialização em perspectiva

2.1. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil após a Constituição Federal de 1988.

O fenômeno da judicialização encontra no Brasil um marco jurídico-temporal bastante específico: a Constituição Federal de 1988. É necessário, no presente momento, fazer um pequeno retrospecto acerca das circunstâncias que levaram à ocorrência deste fenômeno em nosso país. Pois bem, pode-se dizer que a Carta Constitucional brasileira de 1988 surge em um contexto bastante peculiar, que combina um marco de transição para o

rompimento de um período ditatorial-autoritário com a combinação heterogênea de forças sociais que atuaram na elaboração do novo texto constitucional.

Nesta linha, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 não foi criada a partir de um processo político anterior que lhe estabelecesse algumas premissas essenciais, aliás, sequer partiu-se de um anteprojeto, pois aquele elaborado sob a coordenação de Afonso Arinos não foi enviado à Assembleia Constituinte (VIANNA et al., 1999). Há, portanto, naquele momento, um verdadeiro processo de reconstitucionalização, que, apesar de suas mazelas de origem, “foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado Brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento, para um Estado democrático de direito”. (BARROSO, 2005, p. 3).

Por outro lado, o processo de elaboração da Carta Brasileira de 1988 registra a participação de uma extraordinária confluência de forças, fato que impede a prevalência de uma ação hegemônica, e faz com que o novo texto se estabeleça a partir da “composição e das soluções de compromisso entre forças díspares (VIANNA et al. 1999, p. 39). Nesta circunstância, o texto constitucional expressa uma “heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais” (BARROSO, 2005, p. 20). Diante desse contexto, “a solução de compromisso a que chegou o constituinte foi a de conferir compensação, por meio de uma incisiva e generosa declaração dos direitos fundamentais, àquilo que não era possível traduzir em conquistas substantivas de alcance imediato (VIANNA, et al. 1999, p. 41).

Ao que interessa para o desenvolvimento do presente texto, pode-se destacar que a elaboração da Constituição Federal de 1988 estabeleceu contornos bastante definidos para a Seguridade Social brasileira e também para o subsistema específico que é abordado nesse texto, a Previdência Social. Observe-se que o artigo 201 da Constituição estabeleceu um sistema de proteção previdenciária que contempla uma série de riscos sociais, tais

como: doença, invalidez, morte, idade avançada, maternidade, desemprego involuntário, reclusão², entre outros. Ademais, a nova legislação infraconstitucional, vislumbrou o amparo necessário, por meio dos benefícios equivalentes.

Também necessário ressaltar que o novo arcabouço constitucional ampliou notavelmente às possibilidades de acesso à justiça, entre outros, por meio dos chamados Juizados Especiais, mais adiante institucionalizados em legislação específica.³ Ainda, e não menos importante destacar, a cláusula constitucional de inafastabilidade da jurisdição⁴ assegurou que toda e qualquer lesão ou ameaça a direito pode ser levada a análise pelo Poder Judiciário. Portanto, pode-se identificar, com apoio na análise de Barroso (2005), que este processo de judicialização deriva certamente de um conjunto de fatores, entre os quais a constitucionalização, o aumento da demanda por justiça e a ascensão institucional do Judiciário.

Há diversos autores que, não obstante debruçam-se sobre o tema da judicialização, deixam, contudo, de definir precisamente do que se trata. Lógico que uma análise aprofundada deste conceito fugiria aos limites mais estreitos do presente artigo, contudo, a partir da análise realizada por VIANNA et al. (1999) pode-se, a título de esboço de um conceito, concluir que a judicialização da política e das relações sociais é um fenômeno que compreende a invasão do direito, especialmente por meio de demandas perante o Poder Judiciário, na organização da vida social e no exercício de controle judicial sobre os atos dos demais Poderes estatais. Portanto, quando se alude ao termo judicialização no presente artigo, parte-se desta conceituação.

Ao analisar-se especificamente o contexto de judicialização no âmbito do direito previdenciário, percebe-se que há uma enorme plêiade de questões levadas à análise de nossos Juízes e Tribunais, tanto por ações

² A proteção social para este risco não se estabelece em favor do recluso, como algumas críticas imponderadas insinuam, mas dos dependentes previdenciários deste, desde que comprovada a baixa renda.

³ Leis 9099/95, 10259/01 e 12153/09.

⁴ Artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.

individuais, quando por ações coletivas, que debatem não apenas questões exclusivamente jurídicas⁵, mas também aspectos fáticos pertinentes aos institutos jurídicos relacionados. Tome-se, como exemplo deste tipo de situação, a análise do requisito *incapacidade laboral*. Ora, ainda que se trate de um pressuposto jurídico para a obtenção de determinados benefícios, como por exemplo, o auxílio-doença, a análise que permeia a condição para o exercício de determinado trabalho é de cunho eminentemente médico. E quando este tipo de questão é submetida à análise e julgamento de um Juiz, que decidirá o caso a partir de uma perícia médica, nada obstante uma perícia médica anterior tenha sido realizada no âmbito administrativo junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Todo este contexto dá uma ideia de que a judicialização de questões previdenciárias no Brasil assume extrema complexidade, em primeiro lugar pelo extenso rol de questões repassadas à análise do Poder Judiciário; em segundo lugar pelo enorme acervo de ações judiciais que são movidas em face do INSS, autarquia federal a quem incumbe a análise e concessão de benefícios previdenciários: números recentes indicam que a demanda previdenciária representa 48% dos processos novos da Justiça Federal (Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 2019).

As demandas previdenciárias, em boa parte são responsáveis pelo quadro de crise da jurisdição hoje existente, à medida que há muito mais ações sendo ajuizadas do que sendo julgadas em um mesmo período de tempo, gerando um considerável passivo e também o risco de decisões com menor qualidade.

2.2. A iniciativa de desjudicialização das demandas relativas à Previdência Social

⁵ Discutiu-se recentemente, com bastante repercussão, a possibilidade jurídica da chamada “desaposentação”, a possibilidade de alguém que já estivesse aposentado obter uma nova aposentadoria a partir do cálculo de um novo benefício, que considerasse vínculos posteriores à aposentadoria originária. O Supremo Tribunal Federal pacificou a inviabilidade desta pretensão jurídica, ao analisar, em sede de repercussão geral, os RE’s 381367/RS, RE 661256/SC e RE 827833/SC.

Desjudicialização é palavra nova no Brasil e só assim poderia ser, pois a judicialização, consoante anteriormente visto, é cria da Constituição Federal de 1988. Desjudicializar, retomando-se o conceito anteriormente esboçado sobre judicialização, apenas pode significar a retirada de certo protagonismo do Poder Judiciário na análise das relações sociais e das políticas públicas que incumbem aos demais Poderes.

Estabelecida esta premissa, observe-se o que consta dentre os “compromissos” firmados pelos Poderes e Órgãos signatários do documento denominado “ESTRATÉGIA NACIONAL INTEGRADA PARA A DESJUDICIALIZAÇÃO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL”:

I - orientar e apoiar ações no sentido de criar mecanismos que garantam, sempre que possível, soluções universais para enfrentamento das reais causas da litigiosidade em matéria previdenciária;

II - acompanhar e apoiar proposições legislativas relacionadas às medidas que possam importar em redução de litigiosidade relativa à matéria previdenciária;

III - incrementar e apoiar medidas tendentes a assegurar maior efetividade ao reconhecimento dos direitos, em especial a concessão e revisão de benefícios previdenciários e assistenciais quando já pacificados em precedentes qualificados;

IV - fortalecer e apoiar a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meio de constituição de Câmaras de Conciliação Extrajudicial com foco em matéria previdenciária, voltados à maior pacificação social e menor judicialização;

V- ampliar e apoiar a edição de súmulas administrativas;

VI - apoiar e implementar medidas que garantam melhorias na prestação do serviço à sociedade, possibilitando maior acesso e agilidade, mediante a informatização e desenvolvimento de programas de qualificação de membros e servidores quanto à importância da busca de soluções preventivas e não judiciais para conflitos previdenciários;

VII - aplicar as ferramentas processuais previstas na legislação que previnam ou solucionem demandas repetitivas, úteis ao equacionamento do grande número de processos previdenciários;

VIII viabilizar os recursos orçamentários necessários à implantação dos programas e ações previstos nesta Estratégia Integrada. (Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 2019)

É claro que a tentativa de desjudicializar um sistema que está à beira de um colapso é merecedora de elogios. Todavia, tome-se para análise cada um dos “compromissos” firmados no aludido pacto. Assim, tem-se que uma significativa parte destes compromissos tem forte conteúdo programático, no sentido de não estabelecerem iniciativas imediatas, mas simplesmente de estabelecer a possibilidade de atuação do Poder Público mediante a observância de certas “condicionalidades” e com claro conteúdo

Assim, o compromisso de número I, fala em “orientar a apoiar ações que garantam, sempre que possível (...) soluções para enfrentamento das reais causas de litigiosidade”; o compromisso II refere “acompanhar e apoiar proposições legislativas (...) que possam importar em redução de litigiosidade”. Ou seja, estes dois compromissos confirmam, em sua literalidade, aquilo que foi recentemente mencionado a respeito de serem normas programáticas e condicionadas.

Adiante, os compromissos VI e VIII dizem respeito basicamente a uma melhor estruturação dos órgãos responsáveis pela Previdência Social brasileira, em especial o INSS, que atualmente enfrenta forte sucateamento e redução de quadro de pessoal. Claro que são providências elogiáveis, mas dependem basicamente de destinação orçamentária e são decisões que cabem basicamente ao Poder Executivo, sendo desnecessária sua implementação por meio de compromisso firmado com os demais Poderes.

Analisando-se especialmente os compromissos III, V e VII, parece cabível uma crítica ainda mais incisiva, à medida que todos eles mantêm o protagonismo da iniciativa nas mãos do Poder Judiciário. Explique-se: ao se aludir ao reconhecimento de direitos a partir de precedentes qualificados, à edição de súmulas administrativas, e à utilização de ferramentas processuais que previnam ou solucionem demandas repetitivas tem-se basicamente “mais do mesmo”, pois se busca desjudicializar a partir da prévia judicialização.

No final das contas, o único compromisso que parece de certa forma trazer uma perspectiva de alteração de paradigmas é o de número IV, pois trata da possibilidade de instituição de Câmaras de Conciliação Extrajudicial.

2.3. A tendência de aprofundamento da crise dos sistemas previdenciários no mundo e no Brasil

É necessário considerar, ainda, que nada obstante essas incipientes tentativas de solução para o excesso de judicialização, há uma tendência de agravamento da crise e da pressão sobre os diversos sistemas previdenciários ao redor do mundo, o que pode levar, isto sim, para o recrudescimento dessa tendência de busca por amparo jurisdicional em favor da cidadania.

Com efeito, a proteção social vive atualmente um momento de redefinição em diversos países. Sob aspecto econômico, por exemplo, há uma crise que atinge inclusive o continente europeu, estando relacionada ao déficit dos sistemas de previdência em países no qual o envelhecimento das populações é uma inarredável realidade.

Esta crise, de ampla ordem, atingiria os direitos sociais sob os aspectos doutrinário, metodológico e jurisprudencial, estando diretamente ligada ao triunfo de um globalismo neoliberal em detrimento do Estado Social, mas também a uma crise de socialidade, em um contexto de sociedades funcionalmente diferenciadas, sem lugar para políticas de inclusão, mas fundadas, isto sim, na individualização da sociedade (CANOTILHO, 2010). Muito além, portanto, da questão meramente econômica, percebe-se igualmente uma preocupação com os fundamentos filosóficos dos sistemas de proteção social, especialmente considerando-se o quadro hoje vivenciado de uma sociedade de risco, que extrapola os paradigmas da sociedade industrial, berço da proteção social. Destaca-se atualmente que o problema ultrapassa as questões de financiamento dos aparatos sociais, atingindo a própria concepção de solidariedade, (ROSANVALLON, 2011).

Ainda, é notório que a precarização das relações trabalhistas e a tendência de flexibilização dos vínculos laborais colabora enormemente ao esvaziamento dos sistemas mantenedores do sistema previdenciário, que se sustenta a partir de contribuições específicas, baseadas na premissa do vínculo empregatício ou de outras situações estáveis e contínuas de trabalho.⁶ Há uma tendência inegável de que os benefícios de aposentadoria, por exemplo, resem restem relegados a uma quantidade cada vez menor de beneficiários, pois há evidentes dificuldades no preenchimento dos requisitos essenciais destes benefícios.⁷

Em nosso país, sobremaneira, se estabelece um interessante paradoxo: enquanto se alega que a proteção social não dá mais conta de cobrir novos riscos e necessidades, advindos em um quadro de pós-modernidade, para muitos autores no Brasil sequer houve modernidade, falando-se em um país de modernidade tardia (STRECK, 2011).

2.4. A concretização dos direitos previdenciários sob a perspectiva do substancialismo e do procedimentalismo

Diante da realidade acima retratada parece premente repensar as formas de concretização dos direitos fundamentais, em especial os previdenciários, considerando-se, neste intuito duas abordagens diferentes, analisando suas peculiaridades, similaridades e possíveis aplicações: o substancialismo e o procedimentalismo.

Tratando inicialmente sobre a abordagem substancialista, convém referir que por meio desta se sustenta que as decisões judiciais podem colaborar na afirmação dos direitos fundamentais, bem como na realização de uma agenda igualitária (HOMMERDING, 2006). Para Streck, nessa linha, característica distintiva do substancialismo é o fato de esta postura

⁶ O chamado contribuinte individual, por exemplo.

⁷ A título de exemplo, a proposta de Emenda Constitucional da Previdência encaminhada pelo atual governo brasileiro ao Congresso Nacional estabelece a necessidade de 20 anos de tempo de contribuição para a obtenção de aposentadoria, de modo que é fácil perceber o quão difícil será ao cidadão médio brasileiro obter a aposentadoria, mesmo após atingir a idade exigida.

estar calcada no acoplamento do conteúdo material das Constituições à própria noção de Estado, enfatizando o papel da justiça constitucional na efetivação dos direitos fundamentais-sociais, tendo por objetivo uma mudança do *status quo* da sociedade (STRECK, 2011).

Destaque-se, preliminarmente, que é possível delinear a essencialidade de uma postura substancialista em termos de direitos sociais no Brasil, que seja garantidora de mínimos padrões de caráter existencial ou para o atendimento de parâmetros sociais justos, minimamente necessários ao ideal de vida digna, pensados em uma modernidade que sequer se instalou em nosso país.

Tome-se como exemplo de atuação baseada em parâmetros substanciais em prol da preservação de direitos fundamentais sociais as possibilidades de proteção jurisdicional àqueles socialmente desamparados, como refugiados, idosos e deficientes, aos quais se pode reservar, com base em legislação já existente, o mínimo necessário à manutenção de uma vida digna. Não se pode olvidar, portanto, que uma perspectiva substancialista se mostra essencial à manutenção de um sistema de seguridade que seja minimamente garantidor de condições básicas de cidadania, em um momento de evidente ampliação das turbulências e incertezas sociais, motivadas por falta de perspectivas e dúvidas quanto ao futuro, perda da sensação de

segurança e fusão de realidades globais e locais.

Por outro lado, é lógico que não se pode concordar com a elevação do Judiciário à condição de legislador ou a guardião moral de todas as normas jurídicas e sociais, o que levaria à condição que se apresentou na Alemanha do pós-segunda guerra, com o Judiciário assumindo a um papel de supergo da sociedade (MAUSS, 2010). Com efeito, um dos riscos notórios dos excessos do substancialismo é uma crise de jurisdição resultante em grande parte da busca por uma tutela jurisdicional que reflète a busca por um amparo que castra o exercício da cidadania.

Aspecto a ser considerado quando se fala em problemas decorrentes de uma atuação de perfil excessivamente substancialista, está na figura dos

chamados *free-riders*, que em tradução livre podem ser considerados os “oportunistas”, isto é, pessoas que em uma perspectiva puramente racional, egocentrada, optam por não contribuir para o bem coletivo, pois observam que, mesmo assim, irão usufruir das vantagens geradas pelo grupo. O *free-rider*, pondera Ibrahim, acima de tudo é um utilitarista, um efeito reflexo do sistema público de solidariedade constituído para atender a necessidade de proteção social. Conforme refere o autor, há estudos sociológicos demonstrando que quanto mais *público* for um bem, isto é, quanto mais aberto for à utilização geral sem qualquer contraprestação, menor será o grau de ação solidária para sua preservação, pois o usufruto independe de avaliação da conduta pessoal. (IBRAHIM, 2011)

A perspectiva procedimentalista surge, assim, também como um contraponto aos excessos do substancialismo, à medida que autores como Habermas um dos principais defensores do procedimentalismo, alertam para um incremento no processo de juridicização no âmbito estatal, em que a burocracia substitui a participação política. Neste sentido, a participação no mundo da vida dá lugar a uma perigosa tendência de uso indevido de uma racionalidade estratégica no âmbito dos sistemas sociais, em detrimento da racionalidade comunicativa, como forma de obter benefícios indevidos

Resta bem claro que para Habermas a ideia de direito legítimo relaciona-se diretamente com o exercício do poder comunicativo e com a transformação deste último em poder administrativo pelo caminho do direito legitimamente normatizado. Para Habermas, desta forma, o direito cumpre aqui a sua função dupla: ao mesmo tempo em que é constitutivo para o código do poder, igualmente se estabelece como um *medium* de transformação do poder comunicativo em administrativo (HABERMAS, 2003).

Em síntese, consoante observa Hommerding, a abordagem habermasiana implica em afirmar que a Constituição determina procedimentos de índole política, por meio dos quais os cidadãos, exercendo seu direito de

autodeterminação, podem perseguir de forma cooperativa, condições justas de vida (HOMMERDING, 2005).

Os parques conhecimentos da população brasileira acerca de seus direitos sociais e também sobre as possibilidades de concretização de tais direitos revelam-se como uma faceta considerável de uma sociedade que se habituou à busca pelo amparo jurisdicional, isto também em virtude da ausência do Estado brasileiro no fornecimento adequado de prestações essenciais, tais como aquelas relacionadas à educação, desde os seus mais básicos níveis.

Estabelece-se, portanto, um círculo vicioso, à medida que a falta de esclarecimento e de participação democrática leva à busca pelo amparo jurisdicional, enquanto a clientelização decorrente do excesso de demandas judiciais aliena o processo de participação política e de busca por consensos sociais.

Portanto, quando se busca a concretização dos direitos sociais, não se pode optar deliberadamente por uma única posição, de caráter procedimental ou substancial. A possibilidade de coexistência entre as posturas substancialista e procedimentalista já foi observada por autores como Streck, o qual deixa claro que as divergências entre os modelos não podem opô-los de forma absoluta, retirando do substancialismo caracteres pluralistas ou reduzindo o procedimentalismo a um absoluto formalismo (STRECK, 2009. p. 35).

Com efeito, pode-se antever, desde já, uma síntese adequada, que contemple interação harmônica entre procedimentalismo e substancialismo o que de certa forma já vem sendo vislumbrado por autores do calibre de Canotilho, para quem a verdadeira democracia apenas se concretiza quando todos têm iguais possibilidades de participar do governo da *polis*, constituindo-se a democracia em processo ou procedimento justo de participação política se existir uma justiça distributiva no plano dos bens sociais (CANOTILHO, 2012). Resta claro, portanto, pela análise do mestre de Coimbra, que as condições de coexistência entre procedimentalismo e substancialismo necessitam ser devidamente analisadas e aprofundadas,

a fim de permitir uma práxis adequada de concretização dos direitos fundamentais sociais.

2.5. A desjudicialização por meio do estímulo à legitimidade democrática

Feita esta breve digressão acerca das concepções de efetivação de direitos presentes nos modelos procedimentalista e substancialista, pode-se dizer que se considera viável um processo de desjudicialização que contemple ao mesmo tempo a preservação de direitos fundamentais pela análise do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, um aprofundamento da participação democrática dos cidadãos no debate sobre a efetivação dos direitos previdenciários.

Sob esta perspectiva, a cláusula constitucional de inafastabilidade da jurisdição deveria ser reinterpretada pelo Supremo Tribunal Federal, para afastar, por exemplo, da análise do Judiciário eventuais divergências sobre questões fáticas que poderiam ser alvo apenas da análise administrativa. Retome-se o que foi dito anteriormente sobre os denominados benefícios por incapacidade: não há, do ponto de vista lógico, como conferir prioridade à conclusão do médico perito judicial sobre a conclusão do médico perito do INSS quando se faz a análise do mesmo pressuposto lógico de um dado benefício.

Na mesma linha, essencial repensar os fundamentos do acesso ao Poder Judiciário, estabelecendo-se determinados critérios de acesso mais gravosos àqueles que optem pela via judicial, por exemplo, limitando os hoje amplos critérios de concessão da Assistência Judiciária Gratuita e estabelecendo multas de maior monta para os casos de litigância de má-fé.

O contraponto a essa limitação de acesso ao Poder Judiciário necessariamente deveria ser feito pela reestruturação dos órgãos administrativos responsáveis pela análise e concessão de benefícios previdenciários, notadamente o INSS, permitindo-se aos cidadãos ampla

participação e esclarecimento acerca dos critérios adotados pela Administração Pública para conceder ou indeferir um benefício. Sob este aspecto, possibilidades interessantes de inserção democrática dos cidadãos seriam a criação de câmaras específicas de conciliação extrajudicial, destinadas ao debate sobre as pretensões levantadas pelos cidadãos perante o órgão administrativo, bem como a estruturação de um eficiente sistema para análise de recursos porventura interpostos.

3. Considerações finais

A efetivação dos direitos previdenciários garantidos na Constituição Federal de 1988 é, ainda, um longo desafio a ser percorrido. O excesso de judicialização, embora signifique que houve uma sensível ampliação das possibilidades de acesso à justiça a partir do novo ordenamento constitucional brasileiro, constitui-se, também em um sério problema, à medida que contribui para abusos na busca desenfreada pela tutela jurisdicional, como se o Judiciário fosse o grande provedor da cidadania.

De outra banda, as tentativas ainda incipientes de desjudicialização olvidam o mais importante: para efetivamente desjudicializar exige-se que o eixo de análise sobre determinadas questões socialmente relevantes deve deixar de ser o Poder Judiciário. Desta forma, apenas o estímulo a práticas de cidadania mais ativa e menos clientelistas, com a inserção dos cidadãos no eixo de tomada das decisões e de compreensão acerca dos seus direitos poderá estimular a reversão do atual processo desenfreado de judicialização no âmbito da Previdência Social brasileira.

Ao Poder Judiciário, sob essa nova perspectiva, caberá basicamente agir como o guardião das cláusulas constitucionais que estabelecem os direitos fundamentais sociais e os benefícios da previdência contra as notórias e contundentes ameaças de retrocesso social hoje estabelecidas. Ainda assim, pode-se dizer, uma tarefa das mais relevantes.

Referências

- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. -42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 15 Set. 2019.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Editora Almedina, 1992.
- _____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha [Coord.]. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. **Desjudicialização e resolução de conflitos: a participação procedimental e o protagonismo do cidadão na pós-modernidade**. Curitiba: Juruá, 2017.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/3e4bc8c071d1c8851b140ed30e4c97ef.pdf>
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Entre facticidade e validade. vol. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- IBRAHIM, Fabio Zambitte. **A previdência social no estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação**. Niterói: Impetus, 2011.
- MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- VIANNA, Luiz Werneck. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: REVAN, 1999.

O sistema multiportas de justiça como ferramenta de aplicabilidade do acesso à justiça

*Jaqueline Beatriz Griebler*¹

*Fernanda Serrer*²

1 Introdução

O Poder Judiciário encontra-se atualmente em crise, tendo sua legitimidade questionada pela sociedade civil. Por sua vez, a resposta tradicional ao conflito tem sido uma das causas permanentes da atual crise, reverberando-se em práticas violentas e desprovidas de diálogo e empatia. Desse modo, o acesso à Justiça vem sendo colocado em risco.

Nesse sentido, o Sistema Multiportas de Justiça, não tão novo, mas pouco difundido no meio jurídico, vem ganhando gradativamente seu espaço na relações sociais, pois oferece ferramentas de resolução de conflitos eficazes e céleres, trazendo satisfação aos envolvidos, não só por resolver a questão, mas principalmente por criar uma cultura de diálogo não agressiva e uma escuta ativa e respeitosa perante às opiniões discrepantes, as quais são inerentes a uma interação conflitiva. Ainda, de outro lado, o mesmo encontra uma certa dificuldade de aplicação, tendo em vista a cultura conflitiva e dependente de decisão de terceiro existente atualmente.

A partir desta contextualização, o presente artigo, busca estudar e compreender a crise atual do Poder Judiciário, trazendo suas principais causas e

¹ Acadêmica do 10º semestre do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ – Campus Santa Rosa/RS; jaqueline-beatriz@hotmail.com;

² Professora do Curso de Direito da UNIJUÍ; fernanda.serrer@unijui.edu.br.

características, bem como estudar o acesso à Justiça como direito fundamental constitucionalmente garantido para, então, demonstrar como o Sistema Multiportas de Justiça oferece diferentes e dinâmicas possibilidades e alternativas para resolução de conflitos, potencializando e alargando o direito fundamental de acesso à justiça. Por fim, faz uma breve análise das dificuldades encontradas para efetiva aplicação do Sistema Multiportas de Justiça, principalmente àquela fundada na cultura conflitiva atual e nas perspectivas tradicionais de ensino jurídico, focadas no conflito como algo negativo, demandando repressão em vistas à pacificação social.

Acesso à justiça como garantia fundamental

O acesso à Justiça é um direito constitucionalmente garantido, podendo ser classificado como um direito fundamental de todo cidadão. Para muitos, o acesso à justiça é o direito humano mais básico e imprescindível, pois é por meio dele que se busca a garantia plena dos demais direitos, uma vez que é este que permite a efetiva aplicabilidade de um direito, bem como de sua composição em caso de violação.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º traz consagrado o direito de acesso à justiça, afirmando que toda e qualquer pessoa possa ter garantia de resolução quando um direito seu for violado ou ameaçado. Sendo assim, “o acesso à justiça pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.” (CAPPELETTI, 2017, p. 14)

Este direito pode ser conceituado de várias formas. A mais tradicional é que todos têm direito a provocar o Poder Judiciário no caso de ter violado/ameaçado um direito seu, mas atualmente, com toda evolução histórica e social, o acesso à Justiça vai muito além, uma vez que abrange todo e qualquer meio de solução de conflitos eficaz, célere a satisfatório, se tornando este, o conceito mais aceito nos dias atuais. É desse modo, que o Sistema Multiportas de Justiça, vêm ganhando seu espaço na sociedade,

com o intuito de, cada vez mais, garantir a efetividade do acesso à justiça. É nesse sentido que afirma Luciane Moessa de Souza (2015, p. 44):

É intuitivo, neste sentido, que não é suficiente ter a mera possibilidade de reclamar pela violação de um direito, mas é necessário que a apreciação desta questão seja feita de forma ágil e justa, sem macular, contudo, a garantia do contraditório, isto é, dando-se oportunidade à outra parte no litígio de apresentar suas alegações e provas correspondentes. É daí que decorre a noção de acesso a um processo e a uma decisão justas. De nada adianta poder exercer o direito de ação se a solução reclamada vier tarde demais ou for uma decisão injusta, insatisfatória para resolver o litígio.

Assim é possível afirmar que o acesso à Justiça vem sendo modificado pela presença dos mecanismos alternativos de solução de conflitos, como são a negociação, a mediação, a conciliação e a justiça restaurativa. De nada resolve apenas dispor de leis que garantam direitos à todos “[...] se não existirem mecanismos aptos a atuarem em caso de sua violação. É aí que entra o acesso à justiça, pois precisamos de instrumentos que nos garantam que, em caso de violação ou simples ameaça de violação a nossos direitos, temos onde nos socorrer [...]” (SOUZA, 2015, p. 44). Nesse sentido o Sistema Multiportas de Justiça anteriormente mencionado, pode possibilitar à todos uma resolução célere, eficaz e totalmente satisfatória, atendendo ao que se espera de um direito de acesso à justiça, não como mero acesso ao Poder Judiciário, mas como garantia de proteção e restabelecimento de um direito violado.

Igualmente, vale ressaltar que a preocupação com a efetividade do direito de acesso à Justiça passou a tomar conta do discurso e de algumas práticas judiciais. Nesse sentido, os métodos alternativos de resolução de conflitos, passaram a ser tema dos debates do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como repercutiram na criação de legislações, tanto nacionais como internacionais, buscando apresentá-los como mais um meio de fazer aplicar de forma efetiva o direito básico acima mencionado.

Dentre as principais inovações normativas, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) teve grande relevância para que ocorresse, principalmente, a

implementação das formas consensuais e alternativas de resolução de conflitos, visto que por meio da publicação da Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, dispôs e regulamentou, pela primeira vez, à respeito da Mediação e Conciliação em âmbito Brasileiro, instituindo a Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário. Quanto a atuação do CNJ destaca Daniela Monteiro Gabbay (2011, p. 11):

Nesse cenário, destaca-se no Brasil a recente “Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Judiciário”, instituída em novembro de 2010 pela resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como forma de assegurar a conciliação e mediação de conflitos em todo o país, determinando que os órgãos judiciários ofereçam, além da solução adjudicada mediante sentenças dos juízes, mecanismos de resolução consensual de controvérsias entre as partes, bem como a prestação de atendimento e orientação aos cidadãos, incentivando a autocomposição de litígios e a pacificação social por meio da conciliação e mediação.

Por meio desta resolução, o CNJ assumiu a competência para organizar programas que promovam e incentivam a autocomposição de conflitos, bem como, compelir a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de conflitos (NUPEMEC) e o fomento dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC).

Mais tarde, especificamente no ano de 2015, os meios alternativos de resolução de conflitos ganharam ainda mais força e aplicabilidade legal, visto que entraram em vigor duas novas leis que dispunham principalmente da Mediação e da Conciliação de conflitos, ou seja, a Lei nº 13.105/2015, denominada de Novo Código de Processo Civil e a Lei nº 13.140/2015, intitulada de Lei de Mediação.

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) trouxe inúmeras menções referentes à implantação e aplicação da conciliação e mediação no processo Judicial. Entre as principais disposições, pode-se destacar a disposição sobre protagonismo das partes e normas fundamentais do processo, incentivos econômicos para mediação e conciliação, o

novo papel do juiz, impedimento e suspeição referentes à mediação e conciliação, diferenças entre conciliador e mediador, além da referência aos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos, aos princípios básicos da conciliação e mediação, ao cadastro de mediadores e conciliadores, a petição inicial, audiência, tutela e defesa, mediação e conciliação em litígios coletivos, familiares, entre outros.

Por fim, em 26 de junho de 2015, foi promulgada a Lei nº 13.140, denominada Lei de Mediação, a qual dispõe sobre a Mediação entre particulares (conflitos já levados ao Poder Judiciário ou de forma extrajudicial) e autocomposição no âmbito da administração pública. Esta lei é considerada um marco muito importante e um grande avanço à legislação brasileira, visto que a muito se tentava chegar a essa evolução referente aos métodos consensuais de tratamento de conflitos.

Dentre as características mais marcantes desta Lei, pode-se destacar que nela, diferentemente do que prevê o Código de Processo Civil, não é feita distinção entre mediação e conciliação, podendo a lei ser aplicada em outros meios de autocomposição de conflitos. Ademais, pela Lei da Mediação a mediação pode ser usada para resolver qualquer caso em que haja conflito, os mediadores não precisam ter uma graduação específica, mas sim ser capacitados em cursos próprios. A mediação tem sua data inicial no momento do firmamento do termo inicial da sessão, e por fim, a mediação pode ser realizada a distância, principalmente no que diz respeito à mediação via internet. (VASCONCELOS, 2017)

Assim, é possível observar que toda essa evolução das formas alternativas de resolução de conflitos se deu a partir de uma crise enfrentada pelo Poder Judiciário, fazendo com que o Direito de Acesso à Justiça, não fosse mais totalmente garantido. O Sistema Multiportas então, vêm com o escopo de auxiliar nessa crise e garantir a efetividade desse direito, por meio da oferta de inúmeras portas de resolução de conflitos. Nesse sentido, e para uma melhor compreensão, se faz necessário a explanação de

conceitos e características do Sistema Multiportas de Justiça, principalmente das formas consensuais de resolução de conflitos que o integram, o que se passará a visualizar a seguir.

2.1 Sistema multiportas de justiça

É possível extrair de toda evolução Judicial e conflitiva anteriormente mencionada, um novo pensamento em relação à resolução dos conflitos interpessoais, ou seja, o Sistema Multiportas de Justiça, que passa a proporcionar várias opções aos indivíduos para a solução de seus conflitos de forma amigável e/ou consensual. Este sistema multiportas surge com o escopo de desafogar o Poder Judiciário e tornar o processo mais célere e eficaz, permitindo à grande maioria o efetivo acesso às formas de resolução de seus conflitos, sendo portanto, um ótimo meio para garantir o acesso à Justiça à todos, uma vez que o acesso à justiça não compreende apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas sim a Justiça como um todo, como forma de garantir direitos violados. Nas palavras de Luis Fernando Guerrero (2012, p. 13, grifo do autor):

O sistema multiportas é uma tendência, não necessariamente nova, de se buscar formas de solução de conflitos que possam coexistir ou até mesmo fazer as vezes do tradicional sistema judicial de solução de conflitos. Essas formas podem ser realizadas a partir de uma postura amigável ou adversarial das partes.

A expressão “Sistema Multiportas de Justiça” (*multidoor courthouse system*) foi criada pelo Professor Frank Sander, da Escola de Direito da Universidade de Harvard, no ano de 1976, na Conferência Pound, na qual foram debatidos temas acerca da insatisfação Judiciária norte-americana. Sander utilizou-se naquele momento do argumento de que com o conflito sendo tratado de forma adequada, é possível pensar a utilização eficiente dos recursos pelos tribunais, reduzindo custos e tempo de um processo normal e consequentemente, diminuindo a ocorrência de conflitos subsequentes, visto que

serão solucionados de fato. Assim, nos anos de 1970, 1980 e 1990, nos Estados Unidos, iniciou-se uma forte movimentação para o reconhecimento e implantação de técnicas consensuais e complementares de resolução e tratamento de conflitos e passou-se a utilizar frequentemente a expressão Sistema Multiportas de Justiça. (GIMENEZ, 2017)

Contudo, ao mencionar o acesso ao Poder Judiciário atualmente, este direito não tem apresentando uma eficácia plena, uma vez que a morosidade e onerosidade de sua aplicabilidade traz uma certa instabilidade ao direito fundamental de acesso à Justiça. Ainda, como consequência de toda esta vulnerabilidade apresentada pelo Poder Judiciário, as decisões proferidas (sentenças) acabam por não contemplar mais os interesses pelos quais se busca esta alternativa de resolução de questões conflitivas, causando insatisfação em muitos jurisdicionados. Assim, pode-se falar a partir deste sistema multiportas, visando uma eficácia maior na resolução dos conflitos, pois se trata de um acordo e uma solução estabelecida pelos próprios envolvidos na questão abordada, contemplando interesses em comum e criando uma certa responsabilidade aos acordantes de cumprirem, visto que a solução é resultado de suas vontades e interesses conciliados, garantindo, do mesmo modo, a reparação de direitos que foram anteriormente violados.

Destarte, pode-se elencar como possibilidades de um Sistema Multiportas de Justiça, além da heterocomposição (um terceiro que decide), as formas de autocomposição do conflito, sejam elas a Conciliação, a Negociação, a Mediação e a Justiça Restaurativa, possibilitando aos conflitantes várias alternativas de resolução de seus conflitos, permitindo implantar um modelo de justiça mais comprometido com o cidadão e com a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça.

2.1.1 Conciliação e negociação

A conciliação trata-se de uma forma autocompositiva voluntária, pois os envolvidos no conflito juntamente com o conciliador, buscam chegar a um acordo favorável para ambos. Tem como objetivo principal o acordo,

ou seja, o conciliador tem o poder de se manifestar, relatando e incentivando qual a melhor opção aos conflitantes.

Portanto, a conciliação é uma atividade mediadora direcionada ao acordo, qual seja, tem por objetivo central a obtenção de um acordo, com a particularidade de que o conciliador exerce leve ascendência hierárquica, pois toma iniciativas e apresenta sugestões, com vistas à conciliação. (VASCONCELOS, 2017, p. 65)

Vale ressaltar que a conciliação ocorre preferencialmente nos casos em que os envolvidos não possuem vínculo social e afetivo, anteriormente ou posteriormente ao conflito, pois seu maior escopo é o acordo entre ambos e não a recomposição de relações interpessoais. Assim, para muitos, a conciliação pode ser confundida com a mediação, pois ambas tem a atuação de um terceiro facilitador e na maioria das vezes tem como resultado um acordo, porém

A conciliação [...] é prevalentemente focada no acordo. É apropriada para lidar com relações eventuais de consumo e outras relações casuais – pessoas sem vínculos anteriores – em que não prevalece o interesse comum de manter um relacionamento, mas, fundamentalmente, o objetivo de equacionar interesses materiais ou questões jurídicas. (VASCONCELOS, 2017, p. 64)

A conciliação pode ser pré-processual (realizada antes do processo) e/ou processual (durante o processo), ou ainda em alguns casos, ser realizada mesmo depois de já proferida uma sentença.

Assim, vale ressaltar a análise referente ao tema, trazida por Gabbay (2011, p. 49):

A respeito da postura do terceiro imparcial frente à autonomia das partes, o conciliador pode assumir um lugar de poder, pois embora ele não tenha autoridade para impor uma decisão às partes, as técnicas de que se utiliza buscam conduzir as partes à realização do acordo. Essa situação é especialmente comum nas conciliações institucionais, como as que ocorrem no Judiciário, tanto nas sessões de conciliação dos juizados especiais quanto nas audiências de conciliação e julgamento presididas pelo juiz.

A negociação por sua vez, consiste na prática de autocomposição, mas sem a presença de um terceiro facilitador, apenas conduzido diretamente pelos próprios conflitantes, ou seja, representa a autocomposição direta, justamente pelo fato de não possuir interferência de um terceiro imparcial. Como nas demais formas autocompositivas de solução de conflitos, esta também baseia-se na voluntariedade e a consensualidade dos envolvidos em querer negociar, caso contrário, não surtirá efeitos. Os negociantes, neste caso é que irão conduzir e controlar o desenvolvimento e a forma de como irão chegar à um acordo, buscando sempre um diálogo não violento e a não influência imposta de um sobre o outro. “Qualquer solução dependerá única e exclusivamente da vontade e da atuação das partes por meio de uma solução consensuada, que de nenhum modo será influenciada ou facilitada por terceiro.” (GUERRERO, 2012, p. 31-32)

Este método alternativo de resolução de conflitos, pode ser considerado como sendo “o planejamento, a execução e o monitoramento, sem a interferência de terceiros, envolvendo pessoas, problemas e processos, na transformação ou restauração de relações, na solução de disputas ou trocas de interesses.” (VASCONCELOS, 2017, p. 60). Ela sempre deve ser cooperativa e buscar um acordo que contemple todos os interesses envolvidos, com ganhos de forma mútua, uma vez que não tem por escopo eliminar ou derrotar o outro negociante.

Nem sempre será possível a resolução do conflito com a negociação, visto que necessita um comprometimento muito grande das partes envolvidas, e portanto, uma das críticas a esta forma de solução de conflitos, é uma possível disparidade e desigualdade no acordo estabelecido, pelo fato de não existir a presença de nenhum terceiro estranho ao problema, fazendo com que possa existir uma relação de poder maior por parte de um dos envolvidos em relação ao outro. (GUERRERO, 2012)

2.1.2 Mediação

A mediação, trata-se de um método consensual de resolução de conflitos, no qual um terceiro facilitador auxilia os mediandos a reestabelecerem o diálogo e a criar uma nova cultura de paz, tendo como uma possível consequência o acordo. O mediador não pode, em momento algum interferir no conflito, sugerindo acordos a serem possivelmente tomados. Ele apenas conduz o diálogo, se valendo de técnicas e meios para que os envolvidos consigam conversar de uma forma não violenta e pensando no bem comum. É muito importante e eficaz o mediador encontrar os pontos comuns que os mediandos possuem, trabalhando assim, sobre esses critérios e desenvolvendo o pensamento não conflitivo em ambos, buscando fazer com que um se coloque no lugar do outro e veja também o problema sob outros pontos de vista. “Cabe, portanto, ao mediador, com ou sem a ajuda do comediador, colaborar com os mediandos para que eles pratiquem uma comunicação construtiva e identifiquem seus interesses e necessidades comuns.” (VASCONCELOS, 2017, p. 61)

Vale ressaltar, que o objetivo da mediação não é chegar ao acordo, mas sim reestabelecer o diálogo entre os envolvidos no conflito e recompor os laços afetivos e sociais existentes entre ambos. O acordo é considerado apenas uma consequência da qualificação comunicativa entre os envolvidos no processo de identificação mediada de interesses.

Nesse sentido é importante destacar o posicionamento de José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler (2008, p.134):

Com o auxílio do mediador, os envolvidos buscarão compreender as fraquezas e fortalezas de seu problema, a fim de tratar o conflito de forma satisfatória. Na mediação, por constituir um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da Jurisdição estatal tradicional na qual este poder é delegado aos profissionais do direito, com preponderância àqueles investidos das funções jurisdicionais.

Ainda, é possível identificar na Mediação, algumas características que a diferencia das demais práticas alternativas de resolução de conflitos, dentre as quais pode-se citar: a) a privacidade, visto que ela ocorre de

modo sigiloso e somente haverá divulgação do que foi dito, se assim os mediandos quiserem; b) a economia financeira e de tempo, pois os litígios levados à mediação normalmente são resolvidos em um tempo consideravelmente menor pelo fato de prevalecer a vontade dos envolvidos, o que consequentemente acarretará na sua diminuição de custo; c) a oralidade, uma vez que esta não possui uma forma de acontecer, ela apenas vai sendo conduzida pelo mediador, que vai ter de encontrar o melhor meio a ser seguido, diante da situação que ele estiver, pois cada caso e cada conflito podem ser solucionados de diferentes formas; d) a reaproximação das partes, a qual pode ser considerada a maior característica da mediação, visto que ela é justamente utilizada para reestabelecer o diálogo rompido e fortalecer os laços que foram destruídos com o conflito em questão; e) a autonomia das decisões, dado que os mediandos é que decidirão qual o futuro daquela mediação e do conflito deles, que pode ou não ser levado à homologação judicial; f) o equilíbrio das relações entre as partes, porquanto os mediandos devem ser ouvidos e ter momentos de fala de forma igualitária, jamais um sendo favorecido perante o outro, ou seja, o mediador deve ser totalmente imparcial. (MORAIS; SPENGLER, 2008)

2.1.3 Justiça restaurativa

No que diz respeito à Justiça Restaurativa, esta possui caráter interdisciplinar na prevenção e no tratamento de assuntos com base criminal e em âmbito brasileiro sua prática é muito recente. Seu conceito também é considerado muito amplo e de difícil definição, mas atualmente entende-se como um instrumento/técnica em que a vítima, o ofensor e possivelmente pessoas da comunidade atingidas pelo cometimento do crime, buscam por meio do diálogo encontrar uma solução para todas as questões surgidas com tal delito, cada uma expondo o seu lado e os seus sentimentos e razões para tal acontecimento. A partir disso, é de suma importância saber que

A Justiça Restaurativa (JR) é uma nova forma de lidar com a questão dos conflitos e dos crimes, centrada mais nas pessoas e nos relacionamentos do que nas questões jurídicas. Antes que discutir questões legais, culpados e punições, a JR promove intervenções focadas na reparação dos danos, no atendimento das necessidades da vítima, na corresponsabilização do ofensor, sua família e pessoas do seu relacionamento, tudo visando à recomposição do tecido social rompido pela infração e o fortalecimento das comunidades. (A PAZ..., 2018)

Dessarte a Justiça Restaurativa é normalmente conduzida por um terceiro facilitador (mediador) e tem por escopo lidar com o ato infracional de uma maneira diferente das formas atuais e que não vêm trazendo resultados positivos, proporcionando resultados restaurativos que são criados em conjunto pelos envolvidos no delito. Assim, este método alternativo de resolução de conflitos tem um modo próprio de acontecer, ou seja, será baseado em valores e possui procedimentos que devem ser seguidos, tendo como principal característica a voluntariedade, ou seja, “a prática restaurativa só acontecerá se for do consentimento de ambas as partes, e [...] não podem surgir a partir de uma tentativa de vantagem no processo penal.” (GOLART; MAIER, 2018)

Cabe neste momento salientar, o conceito de Resultados Restaurativos trazido por Vasconcelos (2017, p 263):

Resultados restaurativos por sua vez, são os acordos decorrentes dos processos restaurativos, que podem incluir a reparação do dano, a restituição de algum bem e a prestação de serviços à comunidade, sempre com o fim de atender as necessidades individuais e coletivas de todas as partes, bem como de demarcar as suas responsabilidades, visando à reintegração da vítima e do ofensor.

Por fim, cabe ressaltar que esta opção de tratamento de conflitos de natureza penal, não substitui as demais formas tradicionais de enfrentamento e repressão da criminalidade, apenas traz um novo olhar sobre o conflito e os conflitantes, com o escopo de entender e reavaliar as questões que envolvem este tipo de conflito como um todo.

Nesse sentido, já afirmava Howard Zehr (2008, p. 168) que

A escolha da lente afeta aquilo que aparece no enquadramento da foto. Determina também o relacionamento e proporção relativa dos elementos escolhidos. Da mesma forma, a lente que usamos ao examinar o crime e a justiça afeta aquilo que escolhemos como variáveis relevantes, nossa avaliação de sua importância relativa e nosso entendimento do que seja um resultado adequado.

Ou seja, ao analisar o crime com as lentes retributivas, que é o mais tradicional atualmente, faz com que não se consiga atender todas as necessidades da vítima e do ofensor. O processo acaba por se tornar negligente, uma vez que se preocupa apenas em responsabilizar os ofensores e coibir o crime, mas não se preocupando em atender às vítimas. (ZEHR, 2008)

Assim, pode-se dizer que o motivo de toda esta incapacidade judiciária está na escolha das lentes utilizadas. Para Zehr (2008) existem duas lentes distintas, que podem, ao ser escolhidas de forma correta, proporcionar novos rumos ao Processo Penal Brasileiro, ou seja, nas lentes da Justiça Retributiva, o crime é visto sob a ótica de “uma violação contra o estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e estado, regida por regras sistemáticas.” (ZEHR, 2008, p. 170) Já, no que tange às lentes da Justiça Restaurativa, esta considera o crime como uma forma de violar “pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança.” (ZEHR, 2008, p. 170-171)

Outrossim, a Justiça Retributiva e tradicional, não se preocupa com o relacionamento entre a vítima e o ofensor, definindo o Estado como a vítima do dano causado, já a Justiça Restaurativa entende que as vítimas são as pessoas atingidas e que em cada ato cometido, existem relações interpessoais muito relevantes. Desse modo, entende-se que a Justiça Restaurativa vêm para restaurar e reparar a lesão, com o intuito de promover a cura. (ZEHR, 2008)

2.2 Principais dificuldades de aplicação de um Sistema Multiportas de Justiça

O Sistema Multiportas de Justiça, por mais que já positivado em suas várias formas, no direito brasileiro, ainda vêm encontrando algumas dificuldades de aplicação. Diz-se que tal dificuldade está centrada principalmente na litigiosidade desenfreada existente na sociedade, bem como na cultura conflitiva criada e propagada por vários anos e séculos, ou seja, os conflitos estão sendo consideravelmente uma marca muito presente no viver em sociedade e as pessoas não estão mais conseguindo administrá-los de forma responsável, necessitando que, apenas um terceiro alheio ao conflito (juiz) decida qual o melhor caminho a tomar.

Ainda, pode-se destacar a influência dos operadores do Direito e do ensino jurídico atualmente aplicado, uma vez que caberia a estes o papel de incentivar o uso de métodos alternativos de resolução de conflitos para assim, amenizar a crise quantitativa e conseqüentemente, a qualitativa, pela qual vem passando o Poder Judiciário.

Ainda, mais especificamente ao Ensino Jurídico atual, este mereceria uma inovação no sentido de que deveria voltar seus olhares e ensinamentos para a teoria do conflito, sendo capaz de despertar no acadêmico e conseqüente, futuro operador de direito, novos olhares sobre o conflito e, desse modo, permitir que possam incentivar as partes envolvidas e futuros clientes a buscar métodos de resolução que não sejam necessariamente litigiosos, mas autocompositivos e consensuais, criando assim, uma cultura de aceitação e que veja benefícios nessas novas formas de resolução de conflitos, tendo maior aplicabilidade no Sistema Multiportas de Justiça. Nesse sentido, menciona Miguel Marzineti (2018, p. 69) que

A mudança precisa se dar, inicialmente, pela redução do demandismo, o que se vincula em grande medida com o modo de atuação profissional dos advogados. O amplo acesso à informação que é próprio do mundo atual,

somado a políticas públicas de informação acerca de direitos, juntamente à constante ampliação estrutural do Poder Judiciário, tornou mais comum e mais fácil que os jurisdicionados demandassem seus direitos judicialmente. Há, porém, que se constatar que em muitas das circunstâncias ocorre uso indevido e descomedido do processo judicial.

Sendo assim, e aliado à utilização do benefício da gratuidade da Justiça por parcela significativa da população, estes acabam por utilizar de modo desenfreado o Poder Judiciário com o intuito de resolver todas as questões conflitivas pelas quais passam, sem a necessidade de arcar com todos os ônus e custos que envolvem ao demandar na seara Judicial. (MARZINETTI, 2018). É nesse sentido, que vale afirmar que o Poder Judiciário Brasileiro não suporta as demandas que lhe são trazidas, tornando-se um meio caro, por muitas vezes ineficiente e com pouca segurança aos seus assistidos. Assim, as formas alternativas trazem certo medo e insegurança à população, que em muitas vezes prefere voltar ao meio tradicional e se eximir da responsabilidade de decidir e resolver de forma autônoma o seu conflito.

Quanto à isso,

Já se coloca como mais um grande indicativo de que a efetivação de acesso à justiça implica tornar o Poder Judiciário como apenas mais uma das vias para solução dos conflitos sociais e que as demais vias, ainda que formalmente vinculadas à sua organização administrativa, não estejam sujeitas às ingerências da lógica que é prevalecente na função jurisdicional inerente ao processo judicial. (MARZINETTI, 2018, p. 74)

Outrossim, é imprescindível que, o Poder Judiciário, ao integrar mais uma forma de resolução de conflitos – o que é atualmente indispensável – se modernize, tanto estruturalmente para atuar de maneira mais efetiva aos conflitos que serão judicializados e principalmente apresentando uma maior eficiência diante destes, mas também ideologicamente, aceitando de modo pacífico e integrador as demais formas. (MARZINETTI, 2018) E por fim, é necessária uma revolução paradigmática referente ao modo de recepcionar e aderir às formas alternativas de solução de conflitos, uma

vez que, como mencionado anteriormente, a principal crise do poder Judiciário advém da conflitualidade social existente atualmente e do modo como os conflitos são tratados pela sociedade.

3 Considerações finais

Com base nos fatos mencionados é possível concluir que o acesso à Justiça é um direito constitucionalmente garantido, sendo considerado um direito fundamental de todo cidadão e para muitos, o direito humano mais básico e imprescindível, pois é por meio dele que é possível buscara garantia plena dos demais direitos.

Porém, diante da crise que o Poder Judiciário vem enfrentando, a qual é tanto quantitativa como qualitativa, pois não é só em números, mas também em qualidade de decisões, o direito fundamental em questão vem sendo colocado em risco, visto que não atinge mais de forma plena todas as pessoas. Por tal motivo, está sendo difundido o Sistema Multiportas de Justiça, oportunizando a todos um acesso à justiça pleno e eficaz, uma vez que traz diferentes formas de resolução de conflitos, que por sua vez são mais céleres e satisfatórias aos envolvidos.

Ademais, pode-se concluir também, que várias são as legislações atuais que disciplinam as formas alternativas de solução de conflitos, dentre as quais pode-se destacar a Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Civil de 2015, a Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010 do CNJ e a Lei nº 13.140/2015, intitulada de Lei de Mediação.

Outrossim, pode-se elencar como possibilidades de um sistema multiportas de Justiça, além da heterocomposição (um terceiro que decide) que é o próprio Poder Judiciário na figura do Magistrado, as formas de autocomposição do conflito, sejam elas a Conciliação, Negociação, Mediação e Justiça Restaurativa, possibilitando aos conflitantes várias alternativas de resolução de seus conflitos, optando qual destas será a melhor e mais eficaz em resolver os problemas em questão e, principalmente,

qual lhes garantirá uma maior satisfação, permitindo o acesso pleno à justiça.

Por fim, o Sistema Multiportas de Justiça encontra certa dificuldade de aplicação e aceitação perante a sociedade, fato este que pode-se afirmar estar diretamente ligado ao ensino jurídico atual, uma vez que poucos são os incentivos de adoção das formas consensuais de resolução de conflitos, ou seja, o operador de direito é formado, baseando-se principalmente na vontade e ensinamento de provocar o Poder Judiciário com inúmeros processos e resolução de litígios.

Referências

A PAZ QUE NASCE DE UMA NOVA JUSTIÇA. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/A_Paz_que_Nasce_de_uma_Nova_Justica.pdf>.

Acesso em: 22 out. 2018.

CAPPELLETTI, Maria de Lemos Queiroz. **FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**: a mediação e a conciliação como instrumentos adequados de solução de conflitos. Paraíba: UEPB, 2017, 67 p. Monografia – Curso de Especialização em Prática Judicante, Universidade Estadual da Paraíba, UEPB, Paraíba, 2017.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário**: Condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. São Paulo: USP, 2011, 273 p. Tese (Doutorado) – Direito Processual, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011.

GHISLENI, Ana Carolina. **O descrédito na jurisdição e a mediação enquanto política pública eficaz no tratamento dos conflitos conforme a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça** – CNJ. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018, 117 p.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. A Justiça Consensual do Tribunal Múltiplas Portas e a Política Pública Norte-Americana de Tratamento de Conflitos: Contribuições ao Modelo Brasileiro. In: **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, n. 20, p. 84-111, 2017.

GOLART, Eduarda Aparecida Santos; MAIER, Jackeline Prestes. **Justiça Restaurativa e violência contra a mulher**: uma nova perspectiva de solução eficaz. Disponível em:

<<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14687>>.

Acesso em: 19 nov. 2018.

GUERRERO, Luis Fernando. **Efetividade das estipulações voltadas à instituição dos meios multiportas de solução de litígios**. São Paulo: USP, 2012, 255 p. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Departamento de Direito Processual - DPC, São Paulo, 2012.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. **Justiça em Números 2018**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

MARZINETTI, Miguel. **Justiça multiportas e o paradoxo do acesso à justiça no Brasil: da falência do Poder Judiciário aos métodos integrados de solução de conflitos**. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, 160 p.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**. Alternativas à Jurisdição! 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, 256 p.

SPENGLER, Fabiana Marion. O conflito, o Monopólio estatal de seu tratamento e as novas possibilidades: a importância dos remédios ou remédios sem importância? In: **Conflito, Jurisdição e direitos humanos**: (Des) apontamentos sobre um novo cenário social. SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (orgs). Ijuí: Ed. Unijuí, 2008.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015, 404 p.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 5. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Tradução de Tônia Van Acker. - São Paulo: Palas Athena, 2008, 276 p.

A reinvenção da democracia através da participação política local na defesa do estado democrático de direito ¹

Jéssica Tavares Fraga Costa ²

Adriane Medianeira Toaldo ³

Introdução

Os recentes acontecimentos envolvendo as denúncias da operação lava-jato nos conluios entre juízes, procuradores e as manipulações nas redes sociais nas últimas eleições, bem como o envolvimento de partidos com candidaturas artificiais tem mostrado o quão frágil está a jovem democracia brasileira, estruturada sob o viés de um Estado Democrático de Direito desde a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas que efetivamente não está sendo devidamente respeitado em suas premissas, pois está deixando de proteger o cidadão em seus direitos sociais.

Uma prova desta afirmação está na constante criação de emendas à Constituição para atender a interesses de grupos específicos e nas revisões sistemáticas de interpretação da Constituição realizadas pelo Supremo Tribunal Federal. Se é certo que nenhuma Carta Política é perene no tempo,

¹ O artigo é fruto do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Fundamentais e Especiais nas perspectivas individuais e coletivas (CNPQ).

² Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil. Campus de Santa Maria, RS. Endereço Eletrônico: fragacosta_adv@hotmail.com

³ Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, Santa Cruz do Sul, RS. Professora da Universidade Luterana do Brasil, Ulbra, Campus Santa Maria, RS. Advogada. Endereço Eletrônico: adrianetoaldo@gmail.com.

também é correto que muitos dos princípios que foram os pilares de sua construção devem ser respeitados.

A defesa do Estado Democrático de Direito como forma de organização política consiste em um dever de todo cidadão, pois é somente neste tipo de regime que há o respeito à dignidade humana e podem ser promovidas ações em prol de uma sociedade mais justa, igualitária e humana.

Este artigo, baseado em pesquisa bibliográfica e com fundamento no método hipotético-dedutivo, propõe uma reinvenção do Estado Democrático de Direito a partir de um postulado simples, o de incentivo à participação política de todos os grupos sociais, para que haja representatividade do pluralismo e da diversidade presente na sociedade. Para tanto, em um primeiro momento, tece considerações a respeito do papel do Estado como organismo que coaduna os interesses sociais. A seguir, apresenta-se o Estado Democrático de Direito como resultado da pluralidade e da diversidade existente na sociedade para, em um terceiro ponto, estimular a participação política ampla como uma forma de reinvenção deste modelo e de garantia de direitos conquistados.

1 Breves considerações sobre a evolução do estado

O Estado, tal como é visto atualmente, deriva de uma evolução que passou por diferentes modelos, desde a concepção teocrática (em que o poder central estava ligado à figura de um ou mais deuses) até chegar ao chamado Estado Moderno, cuja concentração de poderes na mão de reis permitiu que este expandisse fronteiras e conquistasse. Muitos autores falam da estreita relação entre os estados nacionais e as grandes navegações na época do Renascimento, a qual somente foi possível com a desagregação do mundo medieval e através de uma racionalização da gestão do poder (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998).

Mas como caracterizar, conceituar e identificar o Estado, este ser aparentemente tão presente e ao mesmo tempo tão disperso por meio de instituições que legitimam a sua prática. Concorde-se então com Weber

que o Estado prescinde de uma dominação institucional que somente pode ser efetivada dentro de um determinado território, concentrando nas mãos de seus dirigentes os meios materiais de organização e o controle das atividades políticas, econômicas e sociais. Consiste, então, em um instrumento de poder de coação legítimo ou que se torna legitimado, cujo fundamento está na racionalização instrumental e no interesse público ou, indo além, no interesse que se afirma ser de interesse da maioria da população, ainda que quem o afirme nem sempre seja o representante desta (WEBER, 1999).

Para que exista um Estado propriamente dito, algumas condições são necessárias, como a existência de soberania e de um conjunto de leis que afirme sua existência e necessidade. O direito ocupa papel central neste debate, pois é ele que legitima as fontes de poder e a forma como este é exercido, a partir do confronto dialético entre norma e fato. Toda sociedade atribui um papel e um significado à norma jurídica no sentido de se elaborar leis adequadas ao poder instituído, o que cria naturalmente a obrigação de haver pessoas (juristas) capacitadas a elaborar e interpretar estas leis (WIEACKER, 2010; PERLINGIERI, 2008).

A soberania, por sua vez, implicaria na capacidade de um Estado poder deliberar com autonomia sobre as questões políticas, econômicas e sociais inerentes ao território e à civilização, o que tem se tornado cada vez mais complicado, em razão de interdependência entre as nações decorrente da globalização, pois tende a perder a centralidade, a unidade e a exclusividade diante da extrema diversidade de interesses privados e do crescente número de decisões econômicas tomadas fora do alcance da sua jurisdição (ARAGÃO, 2008).

Não é possível falar em Estado sem citar a contribuição dos contratualistas, pensadores modernos que estabeleceram a noção de que o mesmo surgiu em decorrência de um acordo entre os homens (o contrato social), através do qual abdicar-se-ia da ideia de liberdade e de propriedade em prol da segurança do coletivo. Assim, consentem em criar uma autoridade que os governe, abdicando de sua suposta liberdade em função de

outras garantias. Cada um dos contratualistas (Hobbes, Rousseau e Locke) vê o poder constituído de uma determinada maneira e atribui certas prerrogativas ao soberano e ao povo que o escolheu, havendo possibilidade ou não de reverter o contrato estipulado conforme aquilo que se previu (TAYLOR, 2010). Os contratualistas forneceram a base teórica para que fosse possível o debate sobre Estado a partir de então.

Hobbes foi o contratualista que fundamentou o Estado Absolutista ao afirmar que a necessidade de preservação do bem comum, de proteção da coletividade resultou naturalmente em uma organização forte que unificasse a sociedade civilizada e racional. Rousseau, apesar de também formular uma ideia de contrato social, mas com base em uma soberania popular representada pelo Estado, ao contrário de Hobbes, que afirma ser o Estado de controle do soberano. E o mais radical dos contratualistas seria Locke, pois para este o mesmo Estado que deriva do contrato pode ser dissolvido pelos contratantes. Este pensador defendia a ideia de que o contrato social seria limitado e que os direitos podem ser seriamente alegados e defendidos em face do poder, pois o consentimento não é apenas um acordo originário para instituir governo, mas sim um direito contínuo de participar na definição dos impostos e daquilo que deveria ser feito pela nação. A sociedade existe para o benefício mútuo dos indivíduos e para a defesa de seus direitos, em uma espécie de consenso originário, uma forma de contrato que gera a soberania popular (TAYLOR, 2010).

A Revolução Francesa mudou o conceito de Estado, pois este passou a ser o representante de um bem maior, a nação, substituindo-se a soberania real pela soberania nacional e a vontade do rei pela da nação, considerado também um poder indivisível, inalienável e imprescritível (DUGUIT, 2007). O Estado que se formou com a nova ordem instituída estava fundamentado nas ideias liberais, na defesa e garantia dos direitos individuais, como a liberdade de pensamento, a liberdade religiosa, o combate ao absolutismo e ao direito divino dos reis, propondo um sistema de representação e de autonomia e divisão dos poderes, com foco na liberdade individual e na

proteção dessa liberdade perante o Estado, correspondendo, portanto, ao modelo político do Estado liberal (SARMENTO, 2008, p. 7).

Os liberais reconheciam a necessidade de existência de um Estado e da constituição de uma ordem geral, legitimamente geradas pelos cidadãos e eficazmente aplicadas pelas instituições administradoras da justiça, cujo papel consiste em usar da coerção para garantir o livre mercado, funcionando como um equacionador dos problemas sociais (STEWART JR, 1990). O pressuposto do Estado Liberal consistia em um certo primado do particular sobre o público, o que limitava o poder do Estado e impedia que este intervisse nos assuntos privados. O Estado tinha como função exclusiva garantir esta intangibilidade do privado em relação ao controle e domínio da propriedade (SARMENTO, 2010, p. 61).

O pressuposto que dominou o Estado Liberal foi à separação dos poderes, elaborada por Montesquieu e que está presente na maioria das Constituições atuais, cujo sistema conjuga um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si, com funções distintas. Mas este Estado liberal não conseguiu fazer com que o progresso e o desenvolvimento alcançassem toda a sociedade, gerando crises que o levariam ao autoritarismo (que desencadeou a primeira e a segunda guerra mundiais) e, posteriormente, o Estado social ou de bem-estar social. Ele se constituiu também, como resultado das ações dos grupos que lutaram pela sua transformação em um Estado socialista. As seguidas crises fizeram com que o liberalismo repensasse sua teoria e, posteriormente, com Keynes, adotasse uma postura de aceitar a intervenção do Estado como regulador da economia, para que o mercado não provocasse novas crises. Assim, o Estado Social é o resultado das lutas entre capitalistas e socialistas e a era liberal em sua essência, mas com forte componente social, garantindo direitos sociais e econômicos para a população (BONAVIDES, 1972).

Mas este Estado de Bem-Estar Social foi aos poucos tornando-se uma carga pesada para os governos, passando a ser questionado em vista da

sua pouca eficiência na relação de custo-benefício, gerando ideias neoliberais de privatização de estado mínimo, garantidor de alguns itens como segurança e garantia da propriedade, deixando o restante da atividade econômica a cargo da iniciativa privada. O neoliberalismo surgiu como uma doutrina incorporada a uma nova realidade histórica no mundo contemporâneo definida pelo fenômeno da globalização econômica, determinando o enfraquecimento do Estado, que vai perdendo o domínio sobre as variáveis que influem na sua economia, o que deteriora a sua capacidade de formulação e implementação de políticas públicas, regulamentação e fiscalização do mercado interno e poder de garantir a eficácia dos direitos sociais (SARMENTO, 2008).

O fracasso do neoliberalismo deu lugar a uma nova compreensão de Estado, cujas perspectivas de desenvolvimento passam pela inclusão social e pelo fortalecimento da atuação do Estado em favor da igualdade. O Estado deve se tornar mais capacitado a formular políticas públicas, contrabalançado pelo aumento da participação popular e combate à corrupção (SCHMIDT, 2007, p. 48), cujos fundamentos estão no Estado Democrático de Direito, vigente no Brasil atualmente.

2 O estado democrático de direito: pluralismo e diversidade

Como resultado do avanço social e da ordenação jurídica vigora atualmente o Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos estão na constitucionalidade, na democracia política, na afirmação dos direitos fundamentais individuais e coletivos, na justiça social, na igualdade e na divisão de poderes (MORAIS, 1996). Consiste em uma modalidade de organização centrada no ordenamento constitucional e na atenção aos direitos do cidadão, que constitui a essência do seu ser. Neste tipo de Estado não subsiste a dualidade cunhada pelo liberalismo que contrapunha Estado e sociedade, pois o Estado é formado pela sociedade e deve perseguir os valores que ela aponta, não havendo uma linha divisória (BARROSO, 2003).

Assim, entende-se o Estado Democrático de Direito como decorrente de uma ordem constitucional, cujas leis, normas e interpretações devem ser diretamente ligadas a ela. É a Constituição que oferece a força normativa para qualquer ação do Estado e da Sociedade Civil, amparada em princípios que norteiam os direitos fundamentais, inerentes a este Estado de Direito que se propõe a formular a igualdade material para todos os cidadãos (TUTIKIAN, 2004).

No Brasil, a Constituição, promulgada em 1988, assevera a noção de que o país enquadra-se como um Estado Democrático e de Direito, cujos maiores fundamentos são a cidadania e a Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º), preconizando direitos e garantias fundamentais, inerentes ao ser humano, os quais são inalienáveis e irrenunciáveis, fundamentais porque dependem da sua realização para que se alcance a condição de pessoa humana, não sendo permitida sua violação, seja por parte do Estado, seja por terceiros (BRASIL, 1988).

A dignidade da pessoa humana constitui o fundamento maior do ordenamento jurídico brasileiro, como um verdadeiro princípio basilar, do qual derivam todos os direitos sociais. Ela consiste em valorizar a pessoa em si mesma (KANT, 1960), constituindo-se em um valor supremo de valorização da vida, da pessoa humana, daquilo que é mais importante em uma sociedade, ou seja, as pessoas. A dignidade consiste em uma qualidade integrante da condição humana, devendo ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, podendo ser criada, concedida ou retirada (apesar de violada) (SARLET, 2012).

E a dignidade humana possui íntima interligação com a cidadania, pois somente sujeitos impregnados de consciência política podem protagonizar ações e formular normas dentro de sua comunidade e expandi-las ao nível do Estado, convencendo os seus pares da importância deste ato. Para desenvolver esta consciência, é necessária uma cultura voltada para a política, quando há a disseminação de valores que respaldam a constituição e as instituições que a legitimam (CORTINA, 1998). Essa consciência política diz respeito ao direito de participação nos destinos da comunidade

ou, em instância maior, da nação, a qual deriva da ação do ser social, responsável com seus semelhantes e da necessidade de tomada de decisão política em prol da coletividade.

O Estado Democrático de Direito não consiste um mecanismo abstrato de organização, mas uma concepção concreta de organização social que cria liberdades públicas, zela pela democracia e atribui ao Estado um conteúdo. É um Estado naturalmente intervencionista, pois o poder público se assume como garantidor das condições mínimas de existência para as pessoas. O Estado assume, ainda, uma função regulatória para o próprio mercado, pois o poder público passa a funcionar como agente financiador, consumidor, sócio e produtor em relação à economia, bem como de redução das desigualdades socioeconômicas e aperfeiçoamento dos mecanismos de cidadania (MORAIS, 2005).

Outra questão importante é que o Estado Democrático de direito está legitimado pela população, ou melhor dizendo, ele deriva do poder que é transferido aos governantes através do voto (democracia representativa), denotando aqui o princípio da soberania popular, em que há uma legitimação democrática do poder (CANOTILHO, 2002, p. 98).

O Estado Democrático de Direito resulta de uma nova forma de contrato social, na qual o Estado perdeu a centralidade do poder político que foi transferido para a sociedade, ensejando novas relações e uma polarização constante entre vontade individual e vontade geral, entre o interesse particular e o bem comum (SANTOS, 2007), no sentido de equilibrar os interesses individuais e coletivos.

Este novo contrato social deriva da inserção do indivíduo na sociedade, não apenas pelo voto, mas através de sua participação ativa nos destinos da nação (REIS; FONTANA, 2011), cuja pauta principal está na garantia dos direitos sociais fundamentais constituem a substância que norteia o constitucionalismo moderno, pois há o entendimento de que estes protegem a dignidade da pessoa humana e que consiste como dever do Estado, a sua proteção. Por outro lado, há um desafio da exigibilidade destes direitos sociais no que tange à sua normatividade jurídica e ao

cumprimento destas obrigações no plano nacional e internacional (SARLET, LINERA; 2010).

Deve-se ressaltar que o Estado Democrático de Direito assenta-se em bases pluralistas e no conceito de diversidade. A pluralidade, embora negada por muito tempo, sempre esteve presente nas diversas sociedades historicamente constituídas, pois as mesmas foram formadas a partir de diferentes grupos sociais que criaram seus modos particulares de existência. Quando grupos diferentes atuam no conjunto político da sociedade, tendem a defender seus paradigmas e é justamente este conflito que gera o motor social (GURVITCH, 1946), tornando a sociedade muito mais dinâmica. Se isto já era visto anteriormente, agora este pluralismo acontece em muito maior escala, com a globalização e a interpenetração cultural.

O pluralismo deve ser visto como um ideal democrático, como a possibilidade de os diferentes pontos de vista convergirem para soluções pacíficas e que atendam aos interesses dos diferentes grupos. Em um ideal pluralista, pensamentos excludentes, como a xenofobia, a discriminação, o racismo, a ideia de supremacia (branca e masculina), são combatidos em todas as esferas públicas e políticas, pois o que se valoriza justamente é a ideia de diversidade presente na sociedade. A diversidade deve ser vista como uma marca do pluralismo, a sociedade é formada por comunidades distintas no seu fazer social e cultural, universalidade e na multiplicidade de suas faces, no sentido de conciliar o interesse dos indivíduos, dos grupos e do todo social, buscando integrar liberdade humana individual e igualdade numa mesma comunidade fraterna (GURVITCH, 1935), permitindo a emancipação da cidadania através das coletividades.

No entanto, a recente onda de ataques aos direitos sociais, levada a termo por governos descomprometidos com a dignidade da população, tem causado um recrudescimento de conquistas anteriores e aumentado o abismo entre aqueles que possuem qualidade de vida e aqueles que estão sendo empurrados para um processo de perda constante do poder aquisitivo.

Diversas reformas aprovadas ou em andamento refletem ideias conservadoras que estão afetando a qualidade de vida da população mais pobre em favor do acúmulo de capital. Cita-se, por exemplo, a reforma trabalhista, defendida como necessária para dinamizar a economia e gerar empregos. O efeito foi justamente o contrário, pois houve clara precarização das relações trabalhistas e aumentou consideravelmente o nível de desemprego. Esta reforma constituiu um retrocesso muito grande em relação aos direitos sociais promulgados pela Constituição Federal de 1988.

Outra reforma, quase em seu processo final de aprovação, também constituirá outro retrocesso social ao fazer com que os que recebem os menores valores previdenciários sejam os mais afetados em seus direitos, além de aumentar sobremaneira o tempo de serviço, atingindo também direitos sociais conquistados em épocas passadas.

A saúde e a educação também têm sido alvo destes governos despreocupados com a maioria da população, pois além de não haver maiores investimentos nestas áreas, ainda há contingenciamento das poucas verbas existentes. A situação de abandono do Estado permeia todas as áreas e este está deixando de cumprir seu papel de garantidor dos direitos sociais, situação que exige a resposta imediata da sociedade no Estado Democrático de Direito.

3 A reinvenção do estado através da participação política a partir da esfera local

Entende-se a democracia como um sistema em movimento, pois a sociedade está sempre se reinventando e o Estado Democrático de Direito se fortalece à medida em que há a participação efetiva da população nos destinos da coisa pública, expressando as mais diferentes formas de organização e composição social (MORAIS, 1996).

A inserção dos cidadãos na vida política, seguindo as regras do jogo, constitui um instrumento, um princípio, um requisito e uma manifestação da democracia, legitimando-a e contribuindo para que haja mais debates

e um aprofundamento das decisões políticas. A política deve ser entendida como a arte da gestão dos assuntos públicos, envolvendo decisões que comprometem a vida e o futuro da comunidade, possuindo importância decisiva a vida de um povo. Por ser a forma mais comprometida e responsável e que mostra a dimensão de uma comunidade, a política deveria ser de interesse de todos e não apenas de grupos específicos, cujos interesses no poder não atendem àqueles que os elegeram (GORCZEWSKI, 2010).

Infelizmente e para a manutenção destes grupos no poder, confunde-se a mente da população relacionando a política em si com esta política executada pelos governantes, como se ela fosse sinônimo de corrupção, de troca de favores, de mau uso daquilo que é público, fazendo com que maioria das pessoas sinta repulsa pela atividade. Mas não há outra maneira. É pela política que se pode melhorar a qualidade de vida e garantir os direitos sociais e, para isto, é preciso destruir este tipo de política que favorece poucas pessoas em detrimento da maioria.

Além disso, é preciso considerar que a ideia de cidadania implica na participação dos indivíduos nas decisões públicas. E este não é um conceito novo, pois já na Grécia antiga os cidadãos participavam das decisões em praça pública na polis, apesar de que todos eram considerados cidadãos na Grécia, pois os escravos e os estrangeiros (metecos) estavam fora desta condição, além das mulheres (QUIROGA, 2006).

A participação política gera um novo tipo de democracia, a participativa, cuja centralidade está na existência de cidadãos ativos comprometidos com os destinos da coisa pública. É com base nestes postulados que o Estado Democrático de Direito pode se reinventar, por representar e coparticipar de uma nova ordem em que prevalece a vontade da sociedade civil, que de espectadora passa a ser atriz do processo social, assumindo seu papel como protagonista da concepção e garantia dos novos direitos, cuja ideia é enfatizar o papel de seus atores sociopolíticos, transformados em novos sujeitos de poder (GOHN, 2008).

Neste modelo, a sociedade civil constitui a personagem principal no cenário público, posição de destaque que supõe algum tipo de ação política,

uma ação política despida de luta e transformada em atuação social. Isto significa priorizar o papel da sociedade e de seus agentes políticos na condução das políticas públicas, valorizando a potencialidade destes sujeitos políticos.

Este posicionamento leva a compreender que o cidadão deve se tornar o elemento central na formação das decisões públicas, sendo esta a condição para um novo patamar de reinvenção do Estado Democrático de Direito, no qual sociedade e poder público dialogam para definir ações que venham a preservar e implementar direitos sociais advindos de uma Constituição que primou pela dignidade humana.

Para que haja esta mudança de posicionamento e, a população deixe de ser passiva no processo, é necessário que haja um empoderamento coletivo e individual, pois as pessoas necessitam ter consciência do seu poder e da sua força como integrantes de uma sociedade que depende da participação social como condição *sine qua non* para a sobrevivência do próprio Estado Democrático de Direito. Aqui fala-se em empoderamento em sua origem como a forma de dar poder aos outros (HERMANY; PEREIRA, 2011), ou seja, como uma forma de fortalecer a autoestima dos atores políticos para que estes percebam sua capacidade de mobilizar os grupos sociais na defesa de seus interesses.

A cidadania, entendida dessa forma, consiste em promover a participação da sociedade civil nas decisões políticas. É este empoderamento da sociedade civil, proporcionado pela democracia, que tem sido de grande relevância para uma redefinição dos laços entre a sociedade civil e o Estado no âmbito das políticas públicas. Cada vez mais, através de diferentes mecanismos, a sociedade deveria se organizar para fazer valer a sua vontade, como condição para que seus direitos sejam garantidos.

Desta forma, há uma estreita relação entre empoderamento e participação, pois há necessidade de se passar por um processo de construção da autonomia que permita que se tome decisões para defender os direitos e conseguir atuar nos espaços de tomada de decisões e influenciar políticas e programas destinados à população.

No plano local é mais fácil de haver a interface entre o Estado e a sociedade, visto que ambos conhecem melhor as características específicas de cada unidade, o que facilita o diagnóstico dos problemas sociais e, além disso, a participação da sociedade também auxilia no processo de solução das demandas (BARACHO, 1996, p. 19). É que, em âmbito local, há uma maior democratização das decisões, pois o cidadão pode intervir com maior conhecimento e clareza dos problemas sem estar atrelado às grandes estruturas políticas (DOWBOR, 1999, p. 34).

Além de estimular a participação social, o espaço local também contribui para uma maior efetivação do controle social, pois a tomada de decisões de caráter público é acompanhada de perto pela população, que assume seu papel de co-partícipe das decisões (HERMANY, 2012, p. 297-298), contribuindo para a democratização da relação entre espaço público local e sociedade civil. Este é o sentido dado pela subsidiariedade, o fortalecimento do poder local com o consequente empoderamento da cidadania e da democracia local, que se efetiva no plano do município (BARACHO, 1996, p. 51).

Na esteira do princípio da subsidiariedade, cujas “decisões, legislativas ou administrativas, devem ser tomadas no nível político mais baixo possível, isto é, por aquelas que estão o mais próximo possível das decisões que são definidas, efetuadas e executadas” (BARACHO, 1996, p. 92), de forma a incrementar a democracia cooperativa – Estado e a sociedade civil.

Por conseguinte, no espaço público local a sociedade exerce papel fundamental para atuar na defesa e concretização dos direitos fundamentais sociais, a partir do momento que ocorre uma “articulação dos atores sociais com uma ordem estatal democrática” (HERMANY, 2007, p. 363).

Conclusão

Diante do recrudescimento do Estado Democrático de Direito, da perda constante de direitos sociais e do surgimento de ideias e práticas de exclusão social, inclusive com fortalecimento de práticas nefastas e até

mesmo de cunho fascista, a sociedade civil brasileira encontra-se em um momento crucial de sua história política. Torna-se urgente resgatar a capacidade de mobilização e de participação social para garantir condições mínimas de dignidade e de cidadania.

Bons exemplos não faltam, ainda que se possa questionar os métodos de mobilização. Recentemente, em países vizinhos como o Equador e o Chile, a população se organizou para derrotar políticas públicas de diminuição de subsídios e aumento de tarifas que iriam penalizar ainda mais a sofrida população daquelas localidades.

Apesar de ser um movimento defensivo, mostrou que há um potencial de organização que pode reverter quadros caóticos de perda de direitos sociais, mostrando que o protagonismo de ação da sociedade civil pode se mostrar imenso e oportuno para uma reinvenção do próprio Estado Democrático de Direito, quando seria a sociedade organizada, pluralista e democrática a verdadeira formuladora das políticas públicas que garantiriam ao cidadão os direitos sociais já preconizados por lei.

A população empoderada e consciente do seu papel pode colocar a sociedade civil em um novo patamar, cuja responsabilidade política seria a de dialogar com o Estado para a promoção de uma igualdade material e de uma sociedade mais justa. A cidadania ativa é uma condição da democracia que se reinventa através de cada manifestação, de cada movimento, de cada mobilização popular em busca de direitos.

Se hoje temos um Estado que é governado para poucos, cujas ideias são de exclusão, é porque se abriu mão da participação política como condição inerente ao cidadão. Por isso é que se propõe a retomada do processo de participação popular, que reinventará o Estado Democrático de Direito e retomará o caminho de promoção da dignidade humana para toda a população, notadamente, a partir do espaço público local.

Em âmbito local, em razão do caráter de proximidade do cidadão com as relações de poder, a sociedade passa a exercer papel relevante no sentido de contribuir com a reinvenção do Estado, haja vista que os atores

sociais podem ser mais atuantes em relação às esferas administrativas/legislativas.

Referências

- ARAGÃO, A. S. Teorias pluralistas das fontes do direito: Lex mercatória, ordenamentos setoriais, subsistemas, microsistemas jurídicos e redes normativas. In.: **Revista Trimestral de Direito Civil** – RTDC, vol. 36, p. 3-36, out./dez. Rio de Janeiro: PADMA, 2008.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de política**. Tradução Carmem C. Varriale et al. v. 1 e v. 2. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.
- CORTINA, A. **Ciudadanos del mundo: hacia una teoría de la ciudadanía**. Madrid: Alianza Editorial, S. A., 1998.
- DOWBOR, Ladislau. **O que é poder local**. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- DUGUIT, L. **Las transformaciones del derecho público y privado**. Granada: Comares, 2007.
- GOHN, M. G. M. **O protagonismo da sociedade civil: movimentos sociais, ONGs e redes solidárias**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

GORCZEWSKI, C. A participação política como exigência intrínseca para o reconhecimento da cidadania. In: REIS, J. R.; LEAL, R. G. **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul; EDUNISC, 2010. p. 3010-3029.

GURVITCH, G. **L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit**. Paris: Editions A. Pedone, 1935.

_____. **La déclaration des doits sociaux**. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1946.

HERMANY, R. **(Re) Discutindo o espaço local**: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

HERMANY, Ricardo. **O município na constituição**: poder local no constitucionalismo luso-brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012.

KANT, Imanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Coimbra: Edição Atlântica, 1960.

MORAIS, J. L. B. **Do direito social aos direitos transindividuais**: O Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PERLINGIERI, P. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

QUIROGA, H. Déficit de ciudadanía y transformaciones del espacio público. In: CHERESKY, I. **Ciudadanía, sociedad civil y participación política**. Buenos Aires: Mino y Dávila, 2006. p. 1109-1141.

REIS, J. R.; FONTANA, E. Direitos fundamentais sociais e a solidariedade: notas introdutórias. In.: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos sociais e políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011. p. 113-146.

SANTOS, B. S. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. Tradução de Mouzar Benedito. São Paulo, Boitempo Editorial, 2007.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, I. W.; LINERA, M. Á. P. **Los derechos sociales como instrumento de emancipación**. Espanha: Editorial Azanzadi, AS, 2010.

SARMENTO, D. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. 2, Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STEWART JR., D. **O que é liberalismo?** 4. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

TAYLOR, C. **Imaginários sociais modernos**. Trad. Arthur Morão. Lisboa: Texto e Grafia. 2010.

TUTIKIAN, C. Sistema e codificação: o Código Civil e as cláusulas gerais. In: ARONE, Ricardo. **Estudos de direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004. v. 1 p. 11-80.

WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília: Unb, 1999. v. 2.

WIEACKER, F. **História do direito privado moderno**. 4. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

A dissiminação da cultura do bem viver para evitar as violências patológicas contra a criança e o adolescente na família

Jolair de Ávila Hass

Orientador: Prof. Gilmar Antônio Bedin

1 Introdução

Vivemos em uma época em que a própria sociedade tenta se proteger dela mesma, através do isolamento dos indivíduos, conveniente e um individualismo cada vez mais exacerbado. Onde o medo destrói as relações entre as pessoas nos locais públicos na comunidade. As características do medo são muitas, como: medo de falar em público, medo de fazer uma denúncia para o órgão competente, medo dos pobres, medo dos ricos, medo de estar em locais públicos, medo da criminalidade, etc. Todos estes medos são revelados pelas inseguranças das pessoas com relação à comunidade ou até mesmo na sociedade onde vivem. Neste sentido, Bauman (2007, p. 73) relata:

Os medos especificamente modernos nasceram na primeira rodada da desregulamentação-com-individualização, no momento em que os vínculos inter-humanos de parentesco e vizinhança, estreitamente atados por laços comunitários ou empresariais, aparentemente eternos, mas de qualquer modo sobrevivendo desde tempos imemoriais, tinham sido afrouxados ou rompidos. O modo sólido-moderno de administração do medo tendia a substituir os vínculos “naturais” irreparavelmente danificados por seus equivalentes artificiais na forma de associações, sindicatos e coletividades de tempo parcial, embora quase permanentes, unificadas por interesses compartilhados e rotinas diárias.

Juntamente com as fobias adjacentes neste século, o outro fenômeno é a globalização proveniente do acelerado capitalismo digital, formou uma sociedade consumista, individualista e com apatia, que modificou totalmente o nosso modo de visualizar o outro, onde não há mais tempo para nada, vem deixando a nossa atual sociedade enferma.

Os limites da natureza humana já foram ultrapassados, de forma negativa, em se tratando de convívio social, novas doenças estão surgindo da reação da forma de vida que a atual sociedade está levando, devido à desconformidade com a configuração orgânica de vida. As doenças como, depressão, déficit de atenção, hiperatividade, transtorno de personalidade, transtorno da ansiedade, esgotamento ou até mesmo a síndrome de Burnout, já fazem parte das nossas rotinas de vida, de forma quase que insana aderimos esta forma de vida. Desta forma, Han (2017, p. 9) diz:

Cada época tem as suas doenças paradigmáticas. Podemos, assim dizer que existe uma época bacteriana que só durou, porém, quando muito, até a descoberta dos antibióticos. Apesar do medo descomunal de uma pandemia gripal, não vivemos presentemente na época viral. Graças ao desenvolvimento da técnica imunológica, já a conseguimos ultrapassar. De um ponto de vista patológico, não é princípio bacteriano nem o viral que caracterizam a entrada do século XXI, mas, sim, o princípio neuronal. Determinadas doenças neuronais, tais como a depressão, transtorno por déficit de atenção e hiperatividade (TDAH) ou certas perturbações da personalidade – transtorno de personalidade borderline (TPD) ou síndrome de Burnout (SB) – descrevem panorama patológico do início do século XXI. Não estamos já perante infecções, mas sim, enfartes, originados não pela negatividade do outro imunológico, mas, sim, por excesso de positividade.

A assimetria que envolve a convivência das pessoas é uma das causas mais graves das patologias que envolvem estas doenças relacionadas à má qualidade de vida, estão desvirtuadas por um individualismo evocado pelo egocentrismo que tornam as pessoas insensíveis, desta forma se afastam das raízes das comunidades onde foram criadas e até mesmo da família onde teriam segurança, conforto, proteção e bem viver.

As pessoas na atualidade estão muito aceleradas devido às novas tecnologias digitais que foram implantadas neste século. Estas tecnologias fizeram com que o indivíduo se adequasse a um modelo de vida, mas esta influenciou de maneira decisiva para o modelo capitalista globalizado, que faz termos acesso a tudo e a nada ao mesmo tempo, a sociedade se tornou evasiva nos retrospectos de convivência comunitária e familiar.

A forma consumista de ver a vida em que as substituições das coisas são muito rápidas (televisores, celulares, amores, geladeira e carros), faz com que as pessoas se tornem incessíveis, incapazes de ter sentimentos mais densos como outras pessoas, algo fundamental para ter uma harmonia na paz interior e um bem viver como sinônimo de felicidade. Bem viver é uma mudança de paradigma entre a sociedade e a natureza, mas necessita de uma redefinição nas relações culturais e de poder, conforme Mamani (2010, p. 13) declara:

Em termos ideológicos, o conceito implica a reconstituição da identidade cultural de herança milenária, a recuperação de conhecimentos e saberes antigos; uma política de soberania e dignidade nacional; a abertura de novas formas de relação de vida (não individualista senão comunitária), a recuperação do direito de relação com a Mãe Terra e a substituição da acumulação ilimitada individual de capital pela recuperação integral do equilíbrio e a harmonia com a natureza.

Não precisamos acelerar a nossa vida para adquirirmos coisas ou até mesmo para sobreviver neste mundo cada vez mais apático. É necessário fazer uma correção no modo de viver, não se tem muito tempo, pois a vida passa muito rápido, somos “seres humanos” e nesse deslinde sabemos que não podemos viver isolados, pela nossa natureza sempre vivemos em grupos como questão de sobrevivência, desta forma, precisamos cultivar o bem viver na sociedade.

Felicidade, palavra que significa viver em harmonia ou ter um bem viver, hoje se insere no rol das utopias, ficou em segundo plano, o primeiro é a sobrevivência neste mundo acelerado, com múltiplos afazeres, no qual não sobrou tempo para viver e o objetivo de vida se torna vazio.

O bem viver para quebrar com este paradigma se apresenta na modernidade, não como uma opção de vida, mas a inquestionável forma de ter um convívio arraigado dos pequenos prazeres da vida em comunidade e a satisfação de ter uma vida com plenitude junto a seus pares.

A filosofia de vida do bem viver proveniente da cultura dos povos Guaranis, tem o significado de “tekó porã”¹, antes de ser um modo de vida, tem o significado de formas políticas, econômicas e sociais dos povos originários da América que usa esta filosofia de vida de viver em aprendizado com a natureza.

Outra cultura que desenvolve o mesmo raciocínio é dos povos dos Andes, na língua tradicional quíchua a expressão é “sumak kawsay”². Onde sumak tem a definição de plenitude e kawsay é viver, ou seja, “viver com plenitude”. Significa romper com formas tradicionais de vida organizada e começar a viver de forma harmônica e sustentável em ambientes equilibrados e dinâmicos onde os processos políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais da sociedade asseguram o bem viver.

O significado de bem viver é abstruso, tendo muitas compreensões e conexões a seu conceito, mas em sua configuração genérica define algumas possibilidades de desenvolvimento dentro de uma nova ordem social e política, refuta a ideia de bem-estar a base do consumismo desenfreado de bens materiais, bem como viver para o trabalho, pois devemos trabalhar sim, mas primeiramente viver e viver com plenitude com a sociedade, a comunidade e a família.

Levar a teoria do bem viver para atacar a violência contra a criança ou o adolescente na família é um acontecimento novo. Nestes trágicos episódios da vida real das vítimas que vem de geração em geração, onde já foi pensado em várias formas de extirpar este mal de nossa sociedade, com legislações mais rigorosas, com tratamento para a vítima e para a família, mas a práxis nos mostra que ainda persiste este tipo de violência nos lares do Brasil.

¹Teko porã é a tradução literal em Guaraní da expressão kichwa Sumak Kawsay. Teko se refere à vida e à existência em comunidade; porã pode ser traduzido como belo, bonito, bom (ACOSTA, 2015).

²Sumak se traduz como hermoso, belo, bonito, precioso, primoroso, excelente; kawsay, como vida (ACOSTA, 2015).

A violência intrafamiliar contra a criança e o adolescente ocorre por ação ou omissão dos pais ou dos representantes legais, dos quais decorrem danos muitas vezes irreparáveis, mas estas ações ou omissões não necessitariam existir se houvesse a verificação da causa principal ou do que causou a omissão, da mesma forma o porquê houve a violência contra a criança ou o adolescente, o sistema atual busca somente punir o causador e tratar a vítima.

Na violência do abuso sexual contra a criança e o adolescente na família as causas antecedentes vêm a questão de não serem fatores congênitos na qual o autor pratica o abuso, mas em razão de problemas psíquicos, traumas amorosos ou de abusos na qual o autor foi vítima quando criança e não foi tratado de forma adequada.

No caso dos maus tratos físicos ou psíquicos o fator equacionador do tratamento está além do tratamento após o ocorrido ou o fato é cancelar de forma adequada as causas que se deram os maus tratos, onde poderemos descobrir que o autor dos maus tratos também é vítima do sistema econômico atual ou é refutado pela própria sociedade na qual ela não se inseriu.

Em cada tipo de violência praticada na família contra a criança ou o adolescente existe uma causa antecedente, o “por que aconteceu”, pois a sociedade já está madura o suficiente e hoje já temos suportes que nos ajudam a enxergar o problema mais de perto, pois nas fontes de estudos deste tipo de violência há pesquisas científicas e estatísticas, usar destes artifícios e fazer com que a violência doméstica seja extirpada do nosso cotidiano deve ser o nosso objetivo hoje, para termos uma sociedade harmônica, onde o bem viver é o objetivo de todos.

2 Uma sociedade abatida

A sociedade é como um camaleão, mas que muda não conforme os ambientes e sim de acordo com a hegemonia política e econômica de sua época. Na sociedade atual há um item a mais, a tecnologia da informação,

que levou a sociedade a mudar a forma de pensar a política e a economia, inclusive os seus relacionamentos na família e na sociedade.

Há inúmeros textos que analisam as várias dimensões lógicas da sociedade humana. Podem-se estudar seus fundamentos biológicos, demográficos, geográficos, ecológicos, econômicos e psicossociais, a organização social em confronto com a desorganização e a divergência de posições sociais e controle social (eventualmente cristalizado em instituições), a cultura e a política. Estudar tais dimensões é uma necessidade didática, mas o social é uma totalidade. Seus fenômenos ocorrem simultânea e entrelaçadamente (LAGO, 1995, p. 9).

O capitalismo globalizado e digital tomou forma neste século, modificando consideravelmente as formas da vida humana em várias partes do mundo, as pessoas se tornaram apáticas sem sentimentos. Tornaram-se insensíveis graças às tecnologias e a forma política econômica adotada pelo Estado, na qual não se valoriza o indivíduo, mas sim o capital, pois no trabalho o que importa é o desempenho, a produção e o lucro.

O excesso de positividade manifesta-se igualmente sob a forma de um excesso de estímulos, informações e impulsos, transformando radicalmente a estrutura e a economia da atenção. A percepção torna-se, deste modo, fragmentada e dispersa. A crescente sobrecarga de trabalho obriga também a uma determinada técnica de gestão do tempo e da atenção, a qual influencia, por sua vez, a estrutura da atenção. A técnica de gestão do tempo e da atenção associada ao multifuncionalismo (multitasking) não representa qualquer progresso civilizatório. O multifuncionalismo não tem que ver com capacidades desenvolvidas apenas pelo homem da sociedade do trabalho e da informação tardomoderna. Na realidade estamos antes perante uma repressão. O multifuncionalismo é, com efeito, amplamente praticado pelos animais em estado selvagem (HAN, 2017, p. 25).

A tecnologia nos proporciona hoje infinitas possibilidades profissionais e também de ter inúmeros relacionamentos de amizades, mas ao mesmo tempo, as pessoas estão cada vez mais sozinhas com o seu exacerbado individualismo latente. É neste paradoxo que surgiram várias

doenças (como os transtornos de ansiedade, o déficit de atenção, a síndrome da hiperatividade e a própria depressão), há falta de descanso do corpo e da mente, e também de civilidade social.

Durante o descanso e no trabalho os indivíduos permanecem conectados nas redes, tendo qualquer tipo de informação na mão, sem esforço mental ou físico, são muitas informações ao mesmo tempo, nesta inovação digital do mundo, sendo que as vantagens acabam por prejudicar a socialização das pessoas.

O consumismo exagerado, estimulado pelo marketing das mídias sociais, faz que as pessoas adquiram mercadorias não necessárias e fora de seus orçamentos familiares, entrando em um endividamento, que juntamente com o isolador individualismo dentro da própria família não permitam repartir as preocupações com os problemas, as pessoas acabam ficando estressadas, violentas com os seus filhos e até mesmo ficando doentes.

No paradoxo em que vive o indivíduo hoje, refém das tecnologias da informação, terá que sair deste “círculo vicioso” em que a modernidade digital lhe proporcionou. Assim, para se ter uma vida tranquila com sua família e em sua comunidade teremos uma sociedade humanitária que suaviza os fenômenos sociais efervescentes na sociedade.

Mas com certeza não foi somente o mau uso da tecnologia digital que fez com que a sociedade se tornasse apática, mas sim o conjunto na evolução da sociedade: a globalização, o capitalismo, o individualismo, a forma de gestão da economia pelo Estado, as diferenças acentuadas do poder econômico nas classes sociais, o consumismo, etc. Estes fatores são determinantes sobre o tipo de vida que as famílias têm na sociedade.

Encontram-se na literatura sociológica várias tipologias das sociedades humanas. Há a tendência de enfatizar em cada uma delas um fenômeno social básico, determinante ou predominante sobre os demais aspectos da sociedade. Augusto Comte privilegiou o estágio na evolução intelectual da humanidade; Karl Marx, o modo de produção; Emile Durkheim, o grau de segmentação demográfica e espacial; Marx Weber, os modos de ação; Alfred Weber, a complexidade cultural (LAGO, 1995, p. 17).

As preocupações, as violências e as novas doenças deste século são as consequências da forma que os indivíduos estão vivendo. Em síntese não estão aproveitando a vida com todas as maravilhas que ela pode nos proporcionar, a paz dentro do lar com os filhos, dando a este uma boa educação, conviver na comunidade das mais variadas formas, usar das tecnologias a favor do convívio social, fazem parte de um bem viver.

Quanto à felicidade é prometida a todos e os prazeres são enaltecidos em cada esquina, a vida cotidiana está passando por uma dura prova. Além disso, a “qualidade de vida” em todos os campos da atividade humana (vida conjugal, vida sexual, alimentação, moradia, meio ambiente, lazeres, etc.) passou a ser o novo horizonte das expectativas individuais. Quando se põe em destaque um fantasioso conceito de “carência zero” geralmente, como é possível escapar do aumento da decepção? Quanto mais os imperativos do bem-estar, do bem viver são fixados como meta imprescindível, mais intransitáveis se tornam as alamedas do desapontamento (LIPOVETSKY, 2007, p. 6).

A vida na comunidade tornou-se imperceptível e dentro dos lares, nas famílias, a rotina maçante conduz a indiferença, pois os pais não percebem as necessidades dos filhos, muito menos os filhos em relação aos pais (a simples presença, o afeto, o amor, o carinho, o companheirismo, etc.). São pequenas coisas, mas sem as quais a convivência na família torna-se insuportável, causando males tanto para os pais, podendo inclusive ficarem doentes, mas é intolerável para as crianças e os adolescentes que além de ficarem adoecidos, causam traumas para o resto de suas vidas.

Viver a vida sem dar atenção a essas “pequenas coisas” da vida no ambiente familiar, ainda que corriqueiras, mais que nos afeta consideravelmente como ser humano que somos é um fator preponderantemente grave, gerador de doenças como a depressão, a ansiedade e o próprio estresse. Podendo inclusive ser causadores de vícios em drogas ou em bebidas alcoólicas, potencializadores da violência no núcleo familiar. Praticada sempre pela pessoa mais forte, onde as crianças e os adolescentes são sempre vítimas.

As violências contra a criança na família sempre existiram desde os primórdios tempos, mas em cada modelo de sociedade no tempo as causas são diversas. É claro que as consequências foram assimiladas pelas gerações seguintes. Inclusive a nossa sociedade atual traz resquícios de uma sociedade patriarcal que existiu no passado não muito distante.

3 As formas e as origens das violências contra as crianças e os adolescentes neste século

As famílias geralmente se formam por uma compreensão entre dois indivíduos que decidem viver juntos e em uma singularidade decidem ter ou não ter filhos ou adotar, até mesmo criar filhos do companheiro. Neste sentido, é o conceito de família da Enciclopédia online Wikipédia (2019):

A família representa um grupo social primário que influencia e é influenciado por outras pessoas e instituições. É formado por pessoas, ou um número de grupos domésticos ligados por descendência (demonstrada ou estipulada) a partir de um ancestral comum, matrimônio ou adoção. Nesse sentido, o termo confunde-se com clã. Dentro de uma família, existe, sempre, algum grau de parentesco. Membros de uma família, geralmente pai, mãe e filhos e seus descendentes, costumam compartilhar do mesmo sobrenome, herdado dos ascendentes diretos. A família é unida por múltiplos laços capazes de manter os membros moralmente, materialmente e reciprocamente durante uma vida e durante as gerações.

Após a formação de uma família há uma série de fatores que influenciam na convivência e harmonia de seus membros como, o trabalho, a escola, a vizinhança, o estresse do dia a dia, o amor, o carinho, a solidariedade, as dificuldades financeiras, etc., pois ter os indivíduos que compõe a família em sintonia para resolver problemas atinentes à vida na sociedade é imprescindível e de fundamental importância para o convívio sadio de seus integrantes.

Hoje, nas famílias, mesmo sem intensão ou vontade de praticar algum tipo de violência contra as crianças e os adolescentes, os pais ou

responsáveis acabam praticando, pois a vida no cotidiano ou na rotina de uma família, neste século, é de difícil controle até mesmo para os adultos.

A aceleração da vida, as tecnologias enraizadas com a globalização e cultivadas por um capitalismo perspicaz fazem do ser humano um simples objeto para chegar aos seus fins, causando um hiperconsumismo, resguardado por um individualismo exacerbado, as pessoas acabam não enxergando as feições de seus atos, dentro do lar, referindo não somente aos tratamentos dados aos filhos, mas a ele mesmo, a sua qualidade de vida, menosprezando a entidade familiar.

As violências que ocorrem dentro do lar são consequências de outras violações na vida social dos integrantes da família, efetuado pela sociedade ou pelo Estado, pois tudo começa na formação da família, onde o Estado deve dar condições, através de políticas econômicas e sociais para que os cidadãos ao decidirem formar uma família tenham trabalho com salário digno e condições sociais para construir a sua moradia em locais apropriados e com infraestrutura adequada. Em contrapartida, a sociedade deverá dar condições apropriadas para que a nova entidade familiar usufrua de uma vida comunitária sadia.

Neste sentido, deve-se assimilar toda a problemática vivida em sociedade e resolver os problemas de forma compromissada com todos os membros da família juntos, isto corrobora para uma harmonia e um bem viver na família, afastando de qualquer tipo de doenças e também da prática da violência entre seus membros.

A violência contra as crianças e os adolescentes dentro da família é resultado da deturpação ou de problemas ocorridos no núcleo familiar, que não foram enfrentados ou discutidos pelos seus integrantes, mas estes são afetados direta ou indiretamente devido a convivência familiar. Há uma fuga das questões que afetam diretamente a todos na família, as causas podem ser um trauma psicológico não tratado de um de seus integrantes, um estresse, uma dívida, um desemprego, relacionamentos amorosos, etc., estes não resolvidos levam ao consumo do álcool e das drogas, que por sua vez refletem na violência dentro do lar.

A violência praticada no ambiente familiar, que tanto pode ser por negligência, física e psicológica, embora guarde uma relação direta com a violência estrutural, não é um problema de saúde circunscrito a uma classe social, mas, principalmente, uma consequência das relações interpessoais dos atores envolvidos: criança/adolescente e familiares (pais, tios, irmãos etc.) (NASCIMENTO, 2002, p. 47-48).

As violências contra a criança e o adolescente que acontecem dentro do lar, geralmente são ocasionadas por fatores extrafamiliares, mas que influenciam as atitudes que são tomadas pelos seus membros, geralmente pelo membro mais forte, que de forma inequívoca pratica o fato, provocando feridas profundas às vítimas e a entidade familiar.

A violência doméstica é um fenômeno complexo em que suas causas são múltiplas e de difícil definição, suas consequências são devastadoras para as crianças e os adolescentes, definidas como ações hostis: a violência doméstica contra crianças e adolescentes representam todo o ato ou omissão praticados por pais, parentes ou responsáveis contra crianças e adolescentes que, sendo capaz de causar dano sexual e psicológico a vítima; implica de um lado uma transgressão do poder/dever de proteção do adulto e de outro uma coisificação da infância, isto é uma negação do direito que as crianças e os adolescentes têm de ser tratados como sujeitos e pessoas em condições peculiares de desenvolvimento (GUERRA, 1998, p. 32).

Determinar as causas da violência intrafamiliar é complicado, devido aos indefinidos números de variáveis das causas deste tipo de violência, que vai das perquirições históricas, culturais, políticas, econômicas e sociais, etc.

A violência intrafamiliar contra a criança e o adolescente deve ser tratada em sua raiz, de maneira que se consiga achar o por quê? Achar as respostas com tratamentos psicológicos adequados irá quebrar o círculo vicioso em que se encontra a violência dentro da família.

Por medidas disciplinares se aceita na sociedade civilizada que pais ou responsáveis por crianças e adolescentes utilizem o corpo destes para firmar regras de convivência, mas o problema está no limite da coerção

para a correção disciplinar demasiada que efetuada sem laços afetivos, tornam-se violentos, causando ferimentos no corpo e na mente da vítima.

São formas de violência física: a disciplina física abusiva com fins corretivos (tapas, surras e agressões com qualquer tipo de objeto), torturas, privações físicas deliberadas (de comer e de beber), restrições de movimentos (confinamento), privação ou transferência de abrigo (expulsão do lar, colocação em outra residência, internação), trabalho forçado e inadequado à idade e desenvolvimento do vitimizado, eliminação física (assassinato) e violência sexual (FALEIROS; FALEIROS, 2008, p. 35).

A violência física contra a criança e o adolescente praticada pelas pessoas que teriam que proteger, vem sempre seguido pelo medo e distúrbios psicológicos para a vítima, causando graves lesões não só no corpo, mas também na mente. Se as lesões são leves as causas são fundamentadas pela família por ocorrência de acidentes domésticos, por mais que seja repetitivo.

A violência psicológica contra a criança e o adolescente é uma das formas de violência que pode estar sozinha no desprezo, pelos gritos, pela ausência dos pais em momentos difíceis para ela, pela falta de amor, carinho e ternura, mas a violência psicológica pode vir acompanhada pelas lesões de uma surra, por abusos sexuais, pela negligência, enfim, é uma violência que deixa traumas quase que irreparáveis para a criança e o adolescente.

Não visualizando a causa que deu início à violência ou o abuso contra a criança ou o adolescente, tratando de forma simplória como uma ocorrência policial a tendência é que se acentua no cotidiano do ambiente familiar a violência contra a criança e o adolescente, devido às situações conflituosas em que a família passa, onde os pais acabam perdendo a sensibilidade em relação aos filhos, na medida em que a violência usada é algo corriqueiro e normal na educação dos filhos.

Também como uma causa das violências contra as crianças e os adolescentes dentro do lar se apresentam as violências não tratadas de forma adequada, onde as vítimas no passado hoje são os abusadores, pessoas que

praticam a violência com seus próprios filhos, pois neste viés temos as violências que são trazidas de geração para geração, onde não é quebrado o ciclo. Nas palavras de um pai “estou educando meu filho como o meu pai educou” pode haver distúrbios psicológicos devido às violências sofridas quando era criança ou adolescente, que pode ser de uma simples surra que ele levou (violência física), de um isolamento ou gritos de seus pais (violência psicológica), por carícias eróticas ou exibição de material pornográfico (violência sexual), pela negligência e maus tratos.

Violências que poderiam ser evitadas pelas pessoas integrantes da comunidade, não por fazer uma denúncia às autoridades competentes, mas conversar em um “elo de amizade e compaixão”, onde os problemas de uma família seriam também problemas da comunidade, com apoio de vizinhos, professores da escola de seus filhos e até mesmo as autoridades, onde se resolveria problemas de família através de uma comunidade participativa, não isolada como é nos nossos dias.

Segredo familiar. O problema da violência intrafamiliar está envolto em relações complexas da família, pois os abusadores são parentes ou próximos das vítimas, vinculando sua ação, ao mesmo tempo, à sedução e à ameaça. A violência se manifesta pelo envolvimento dos atores na relação consanguínea, para proteção da “honra” do abusador, para preservação do provedor e tem contado, muitas vezes, com a complacência de outros membros da família, que nesse caso, funciona como clã, isto é, fechada e articulada (FALEIROS, 1998, p. 7).

Quando uma pessoa da comunidade visualiza uma criança ou um adolescente sendo vítima de agressões verbais, humilhações físicas, de desprezo, de indiferença, do abandono intelectual, apesar de serem violências graves para a formação da psique da vítima, são consideradas corriqueiras dentro da família. Portanto, não são levadas para o conhecimento da autoridade competente, mas se fosse levado para uma denúncia formal, é um fato difícil de ser provado, não teria como fazer um procedimento legal. Nestes casos as violências continuam ficando cada vez mais graves, podendo levar até a morte da vítima.

4 A filosofia de vida do bem viver no combate da violência contra a criança e o adolescente na família

A sociedade atual está passando por uma profunda transformação devido aos somatórios de acontecimentos que ocorreram e ainda estão ocorrendo no mundo neste século, influenciados pela tecnologia da informação, pela globalização, fatores econômicos, políticos e sociais na qual o indivíduo perdeu o controle da própria vida.

Apesar do antagonismo e da complexidade das transformações, a dinâmica social vigente, já está sistematizada no cotidiano das pessoas. No entanto, as tensões sociais são invisíveis para a sociedade que vive em uma bolha saturada de informações supérfluas, acabam por desaguar dentro da família, que cada vez se fecha mais devido a um individualismo cultivado pelo modelo atual de sociedade.

Conforme o mundo vai assumindo um aspecto cada vez mais ameaçador, a vida torna-se uma interminável busca de saúde e bem-estar através de exercícios, dietas, drogas, regimes espirituais de vários tipos, autoajuda psíquica e psiquiatria. Para aqueles que perderam o interesse pelo mundo exterior, exceto na medida em que ele permanece uma fonte de gratificação e frustração, o estado de sua própria saúde torna-se uma preocupação totalmente absorvente (LASCH, 1977, p. 140).

A apatia das pessoas, o afastamento da vida comunitária e o egocentrismo acabam por prejudicar o próprio indivíduo, onde a essência do ser humano desde os primórdios tempos é viver em tribos, comunidades e sociedade. O indivíduo sozinho acaba ficando doente ou desenvolvendo formas de vida perversa na convivência com os seus semelhantes.

No entanto, todos nós buscamos a felicidade, mas o que é a felicidade? As respostas para uma pergunta tão simples estão no interior de cada indivíduo, pois não existe uma lógica do padrão que satisfaça a todos. Mas a busca incessante de bens materiais, tecnologias de ponta, progresso a qualquer preço, independente de qualidade de vida é um equívoco.

O fato é que hoje as pessoas estão sobrecarregadas de tarefas, o mundo a cada dia está mais acelerado, deixando o indivíduo inseguro, pois as aceções prioritárias que hoje são acolhidas na sociedade contemporânea não condizem com a real necessidade do ser humano. Desta forma, ocorre um choque entre o que o indivíduo procura e a necessidade deste. O resultado é uma violência contra a criança e o adolescente que acontece dentro do lar e as doenças psicológicas de toda a família.

Referindo-se à indiferença e ao individualismo que repercutem na atual sociedade são implicações que se refletem diretamente na família, devido a rotina da convivência entre os seus membros em um mundo cada vez mais fugaz e apático.

As pessoas acabam deixando pouco espaço em suas vidas para sentimentos amorosos e harmoniosos no ambiente familiar, deixando em segundo plano a real necessidade do indivíduo, de si próprio enquanto ser humano. A necessidade de viver em grupo, em comunidade, em sociedade e compartilhar com seus pares as suas ações é próprio do ser humano, por ser um animal racional, será somente desta forma que terá uma vida familiar com seus filhos de forma sadia e equilibrada.

Mas uma conturbada relação entre os integrantes da família causada pela própria relação entre eles ou até mesmo pela complexidade da vida em sociedade no atual cenário, é sem dúvida nenhuma uma das causas da violência no núcleo familiar, onde as vítimas são sempre aquelas impotentes, frágil da relação (criança, adolescente, mulher).

Para sair deste sistema violento que impera na sociedade, sistema este que está deixando o planeta doente, sem recursos naturais renováveis, pela volúpia insaciável do capitalismo tecnológico, sem dúvida nenhuma é necessário por uma questão de sobrevivência da humanidade, que o foco do homem mude para a filosofia do bem viver. Desta forma, ele estará se livrando de doenças neuronais oriundas deste devaneio desenfreado na busca infinita por capital, tecnologias, bens materiais que a sociedade atual nos impôs não somente no núcleo familiar, na comunidade e na sociedade.

Evidencia-se que as propostas para o viver bem colocam em xeque os tradicionais conceitos das relações econômico-sociais, uma vez que a exploração desmedida dos elementos naturais, para a transformação dos recursos ambientais em produtos voltados à acumulação de riquezas não são compatíveis com a qualidade de vida, fundamentalmente porque a humanidade necessita de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para o bem viver. Portanto, isso significa uma mudança de paradigmas, de tal modo que os seres humanos organizem a vida em sociedade a partir de uma perspectiva egocêntrica, na qual os indivíduos passam a figurar tão somente como um dos seres vivos que fazem parte do planeta (LEVES; CENCI, 2018, p. 16).

O bem viver não só como prática de sobrevivência neste planeta, nem tão pouco para livrar-se das doenças sociais que está levando o homem a um individualismo excessivo e inconsistente, mas também por ser um antídoto contra a violência intrafamiliar contra a criança e o adolescente neste mundo amargo, inconsequente e insensível com a essência do ser humano. Desta forma, para que haja um retorno da harmonia e do equilíbrio na vida do homem com os seus semelhantes dentro do lar.

Uma das formas de extinguir a prática de violência contra a criança e o adolescente dentro dos lares de forma inequívoca pela prática do bem viver que consiste em dar atenção às pessoas e não as coisas, pois o homem necessita do básico para a sobrevivência ou em outras palavras o homem deveria desfrutar da vida com qualidade, atividades físicas, compartilhar a vida em comunidade, dar ênfase à família, pois a convivência com os filhos é a essência do progresso humano em fatores psicossociais.

Uma política de Estado para o bem viver, se propõe ações nas áreas econômicas, sociais e de informações para uma nova forma de desenvolvimento sustentável, onde pelas práticas adotadas haveria maior valorização do indivíduo e de sua família, pois de acordo com o filósofo Mance (2012), um dos precursores do conceito no Brasil:

(...) o bem viver é um exercício, que implica dispor das mediações materiais, políticas, educativas e informacionais não apenas para satisfazer necessidades biológicas e culturais, mas para garantir, de forma ética, a realização de tudo o que possa ser concebido e desejado pela liberdade pessoal que não negue a

liberdade pública. “O bem viver solidário implica respeitar o desejo pessoal e promover a sua realização na igual medida em que se respeita o desejo público e se promove a sua realização”.

É na família que todos os problemas da sociedade desagua, pelos efeitos das políticas públicas malsucedidas, pela forma em que o Estado conduz suas políticas e as prioridades destas no campo social.

Também é importante destacar que para combater a violência contra a criança e o adolescente dentro da família é necessária uma profunda mudança de comportamento das pessoas, mas em sentido amplo referindo a esta problemática nas atitudes das comunidades ou até mesmo na sociedade. Neste sentido, deve haver o respeito aos indivíduos que estão em formação física, psicológica no interior do seio familiar.

Fazer a denúncia de uma violência contra a criança ou o adolescente que ocorre dentro da casa de seu vizinho ou na própria via pública é um fator de responsabilidade e cidadania, no entanto, é algo que deve ser fomentado pelo poder público, através de políticas sociais do bem viver que abrange a prevenção e o esclarecimento para a sociedade. Neste sentido, atacando as causas sem se descuidar dos tratamentos adequados que deverão ser dados para toda a família, para que esta recupere a harmonia e tenha uma vida digna.

O papel do bem viver é viver em paz, é ter uma qualidade de vida, não ter violência dentro do lar, nem fora, é viver em harmonia homem/natureza, é desenvolvimento sustentável sem agredir pessoas nem o meio ambiente, desta forma, buscar um equilíbrio nos aspectos da vida em família e na comunidade.

Afastar a apatia, o individualismo, se importa no que acontece ao seu redor, tomando atitudes ao verificar injustiça ou qualquer tipo de lesão aos direitos humanos, pois a forma que a natureza deu para o homem enquanto espécie desde os primórdios tempos é a vida em grupo (bando, tribos, clã) para se proteger do seu próprio “eu” e proteger seu semelhante.

Seria o bem viver inalcançável para a atual sociedade? Assim como, a perpetração da violência contra a criança na família nunca irá acabar?

São questionamentos que ficará no mundo das ideias! Portanto uma utopia! Mas a utopia somente se configurará se não tomarmos atitude, para termos um bem viver, vida tranquila, felicidade, harmonia, natureza/homem. Neste sentido, Hobsbawm (1983, p. 35):

Utopia, do grego *ouí-topos*, tradicionalmente vertida como não lugar, lugar nenhum ou inexistente, foi também manifesta, pelo criador do termo, Thomas More, como *eu-topos* (lugar feliz), podendo apresentar-se, ainda, negativamente, como *distopia* (lugar de dificuldade ou de privação) ou *antiutopia*, isto é, negação da utopia. O ideal de uma vida comunitária boa, bela e feliz possui raízes distantes na cultura ocidental, sendo a ideia do Estado virtuoso e sábio de Platão um dos exemplos mais lembrados, assim como a pregação social do “Sermão da Montanha”, de Jesus, o foi também por.

Dizer que através de políticas públicas de Estado do bem viver afastaria definitivamente a violência dentro do lar contra a criança e o adolescente é uma utopia, mas por outro lado se existe esta forma de acabar com esta violência, porque não tentar. Algo deve ser feito para a humanidade ter um lugar para viver em paz e em harmonia com a natureza, consigo mesmo, com sua família e com o seu semelhante.

5 Conclusão

A sociedade deste século sofreu um choque ou está sofrendo pela intervenção por um capitalismo globalizado digital, através da tecnologia da informação, aonde as consequências vão de um consumismo acentuado a um individualismo configurado pelo medo.

A globalização processada pela tecnologia da informação possibilitou avanços consideráveis na economia e nas comunicações por rede, transformando substancialmente a forma de vida na sociedade no âmbito social, cultural e econômico.

Através dos avanços tecnológicos a sociedade acelerou o seu modo de vida, não tendo mais tempo para viver com a sua família, com os filhos,

tendo que mudar hábitos sociais e culturais, da forma que o medo do próprio semelhante tornou as pessoas inseguras, insensíveis, sem compaixão, sem cidadania em um mundo individualista, no qual só interessa o “eu”, o egocentrismo, o narcisismo.

O que realmente importa para a natureza humana foi deixado de lado, como a vida comunitária, inter-relações com os seus semelhantes. Mas a nova forma de vida do homem em sociedade foi modificada abruptamente pela correria da vida urbana, não havendo mais tempo para a convivência familiar.

As pressões do cotidiano de uma família são na forma econômica, social e até mesmo institucional pelo Estado através de cobrança de impostos ou políticas públicas inapropriadas que fazem com que o núcleo familiar entre em conflito, porque é ali que são descarregadas todas as nuances da sociedade.

É nesta fase que surgem as doenças como, depressão, déficit de atenção, hiperatividade, transtornos de personalidade, etc. A sociedade está doente, necessita de uma mudança ou da forma que vê a vida.

O planeta está doente e necessita de um tratamento, já estão se esgotando as fontes de extrativismo, o que jamais o homem pensou que iria acabar. Há uma busca incessante de consumo que em muitas vezes não é necessário.

Tanto o planeta como o homem precisam renovar as energias, descobriu-se a filosofia do bem viver proveniente da cultura indígena Guaranis, na qual há políticas econômicas e sociais que visam viver com harmonia homem/natureza, que satisfaz não só o desenvolvimento, com equilíbrio entre a natureza e o homem, mas também faz com que o homem busque para si somente o necessário para viver, com a paz interior, a harmonia entre os seus pares e, sobretudo, a felicidade pelas coisas simples da vida.

É pela aplicação da filosofia do bem viver que a violência contra a criança e o adolescente será extinta ou atenuada. Será uma utopia? Se for uma utopia acreditar na humanidade e fizer a nossa parte, então é utopia,

pois será pela filosofia do bem viver que a humanidade será melhor, porque a forma que ela é hoje se esgotou.

6 Referências

A MENTE É MARAVILHOSA. **O impacto da tecnologia nas famílias**. 2016. Disponível em: <<https://amenteemaravilhosa.com.br/impacto-da-tecnologia-nas-familias/>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

ACOSTA, A. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar os outros mundos. Trad. Tadeu Breda. 2. ed. Equador: Elefante, 2011.

ALCÂNTARA, L. C. S.; SAMPAIO, C. A. C. **Bem viver**: (de)colonização como processo de resistência das comunidades indígenas. 2017. Disponível em: <http://anpur.org.br/xviienanpur/principal/publicacoes/XVII.ENANPUR_Anais/ST_Sesseos_Tematicas/ST%204/ST%204.8/ST%204.8-15.pdf>. Acesso em: 03 set. 2019.

ARIÈS, P. **História social da criança e da família**. 2. ed. Trad. Dora Flaksman. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

BALDUINO, L. **Como é possível aplicar o conceito de bem-viver neste mundo capitalista e insensível?** 2019. Disponível em: <<https://operamundi.uol.com.br/cultura/55448/como-e-possivel-aplicar-o-conceito-de-bem-viver-neste-mundo-capitalista-e-insensivel>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

BAUMAN, Z. **Tempos líquidos**. 1. ed. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BOFF, L. **Sociedade do cansaço e do abatimento social**. 2016. Disponível em: <<https://leonardoboff.wordpress.com/2016/01/05/a-sociedade-do-cansaco-e-do-abatimento-social/>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

CANTALEJO, L. A. **O papel do direito no contexto da violência doméstica contra criança e adolescente**. Monografia, Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral, São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www.fauf.br/userfiles/files/19%20-%20O%20PAPEL%20DO%20DIREITO%20NO%20CONTEXTO%20DA%20VIOLENCIA%20DOMESTICA.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

DOMEN, T. **Essa sociedade cansada**. 2017. Disponível em: <<https://medium.com/@tayanadomen/essa-sociedade-cansada-8d90507e809c>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

FALEIROS, V. P. A violência sexual contra crianças e adolescentes e a construção de indicadores: a crítica do poder, da desigualdade e do imaginário. In: LEAL, M. F. P.; CÉSAR, M. A. (org.). **Indicadores de violência intrafamiliar e exploração sexual comercial de crianças e adolescentes**. Brasília: CECRIA, 1998.

FALEIROS, V. P.; FALEIROS, E. T. S. **Escola que protege**: enfrentando a violência contra criança e adolescente. Brasília: Ministério da Educação, 2008. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/secad/arquivos/pdf/escqprote_eletronico.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2019.

FATIBELLO, R. **Sociedade do cansaço na era digital**. 2017. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&ei=NHcuXZXgDq-05OUPn5K3iA_Y&q=+artigo+sociedade+digital+cansada&oq=+artigo+sociedade+digital+cansada&gs_l=psy-ab.3...8953.11054..11864...0.0..0.178.1301.0j8.....0....1.gws-wiz.....0i71j35.i39.PJkMTa0BW9M>. Acesso em: 16 jul. 2019.

FERREIRA, K. M. M. Violência doméstica/intrafamiliar contra criança e adolescente – nossa realidade. In: SILVA, L. M. P. (org.). **Violência doméstica contra a criança e o adolescente**. Recife: EDUPE, 2002.

FURASTÉ, P. A. **Normas técnicas para o trabalho científico**: explicitação das normas da ABNT. 17. ed. Porto Alegre: Dáctilo-Plus, 2014.

GIDDENS, A. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. 5. ed. São Paulo: UNESP, 1991.

GUERRA, V. N. A. **Violência de pais contra filhos**: a tragédia revisada. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1998.

HAN, B. **Sociedade do cansaço**. Trad. Ênio Paulo Giachini. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

LAGO, B. M. **Dinâmica social**: como as sociedades se transformam. 11. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1995.

LASCH, C. **Haven in a heartless world**. New York: Basic, 1977.

LEVES, A. M. P.; CENCI, D. R. Ética, globalização e proteção do direito humano ao meio ambiente para o bem viver. **Revista Jurídica**, v. 22, n. 48, p. 1-26, maio/ago. 2018. Disponível em: <<file:///C:/Users/jolair.hass/Downloads/7890-26501-2-PB.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2019.

LIPOVETSKY, G. **A sociedade da decepção**. 1. ed. São Paulo: Manole, 2007.

LOPES, B. R. **Violência sexual no âmbito familiar contra crianças e adolescentes**. [s.d.]. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/violencia-sexual-no-ambito-familiar-contras-criancas-adolescente.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

MAMANI, F. H. **Buen vivir/vivir bien**: filosofia, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas. Lima, Peru: CAOI, 2010.

MANCE, E. **Conheça mais sobre o conceito de bem-viver**. 2012. Disponível em: <www.mobilizadores.org.br/noticias/conheca-mais-sobre-o-conceito-de-bem-viver/>. Acesso em: 10 ago. 2019.

MELIÀ, B. **O bem viver guarani**: tekó porã. 2016. Disponível em: <<http://www.raiz.org.br/o-bem-viver-guarani-teko-pora>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

NASCIMENTO, C. A. D. A dor da violência. In: SILVA, L. M. P. (org.). **Violência doméstica contra a criança e o adolescente**. Recife: EDUPE, 2002.

PÁGINA ESPÍRITA. **Formação da família**. [s.d.]. Disponível em: <http://www.paginaespirita.com.br/formacao_da_familia.htm>. Acesso em: 05 ago. 2019.

REGINATO, G. D.; AMARAL, M. F. O bem-viver contemporâneo em revistas: uma análise do tensionamento entre consumo e simplicidade no discurso da vida simples. **Galáxia**, n. 25, p. 180-192, jun. 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Temp/O_bem-viver_contemporaneo_em_revistas_um.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2019.

SILVA, L. M. P. **Violência doméstica contra crianças e adolescentes**. Recife: EDUPE, 2002. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/violencia_criancas_adolesc.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2019.

SILVA, M. V. **A violência doméstica contra criança**: histórias e contextos. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Pedagogia), Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2013.

SPAREMBERGER, R. F. L.; PAZZINI, B. O ambiente na sociedade do risco: possibilidades e limites do surgimento de uma nova cultura ecológica. **Veredas do Direito**, v. 8, n. 16, p. 147-168, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/5188/O%20ambiente%20na%20sociedade%20do%20risco.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 19 ago. 2019.

SUESS, P. **Elementos para a busca do bem-viver – sumak kawsay – para todos e sempre**. 2010. Disponível em: <<http://www.mobilizadores.org.br/wp-content/uploads/2014/05/elementos-para-busca-do-bem-viver.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

WIKIPÉDIA. **Família**. 2019. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Família>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

WIKIPÉDIA. **Sumak kawsay**. 2019. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Sumak_Kawsay>. Acesso em: 11 jul. 2019.

WIKIPÉDIA. **Utopia**. 2019. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Utopia>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

Uma análise das principais diferenças da justiça retributiva e justiça restaurativa

*Josi Anne dos Santos Fagundes*¹

1 Introdução

É notório que a concepção da Justiça atualmente está sendo visualizada de forma equivocada e insatisfatória, principalmente na área penal e consequentemente não está correspondendo às expectativas e resultados buscados tanto pelo Poder Judiciário quanto pela Comunidade. Podemos citar como exemplo a superlotação carcerária, o aumento crescente da criminalidade, a insatisfação com a Justiça, a fragilidade do senso comunitário, entre outros.

A justiça retributiva, portanto, a justiça atual/tradicional faz adesão aos paradigmas do direito penal dogmático, ou seja, da ênfase ao previsto na lei penal, utilizando-se de procedimentos formais rígidos com destaque a pessoa do infrator. Ainda, considera o crime como uma violação contra o Estado, estabelecida pela desobediência à lei e pela culpa.

Assim, na retributiva a vítima do crime/conflito é o Estado e quando da instrução processual penal, o Magistrado detém-se ao fato descrito como crime pela lei e as provas obtidas no decorrer da apuração penal. Ainda, a figura da vítima é deixada em segundo plano. Portanto, as verdadeiras partes envolvidas no processo só têm voz, além da previsão legal

¹ Mestranda e Bolsista UNIJUÍ do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito - Curso de Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos da UNIJUÍ; Integrante Grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos/CNPQ e do Proj. Ext. UNIJUÍ: Diálogos Tecendo Vidas sem Violência de Gênero. E-mail: fagundes.josiane@gmail.com.

para isso, na medida em que o Judiciário entende que sua oitiva seja relevante ao deslinde processual.

No que concerne aos fatores sociais, éticos, pessoais, entre outros, são importantes apenas na medida em que são definidos juridicamente como relevantes. Então, verifica-se que a justiça retributiva centra-se na comunidade/sociedade, ou seja, tem como primazia punir o suposto ofensor sem levar em consideração todo o contexto que existe em sua volta e suas reais necessidades, dando ênfase em atender as expectativas da sociedade.

Com o escopo de possibilitar um novo olhar e uma nova aplicação da justiça surge nos anos 1970, uma forma alternativa de Justiça, a qual desenvolveu-se a partir de experiências em comunidades norte-americanas com uma parte considerável da população menonita (nota de rodapé para explicar esta população), eis que surge a Justiça Restaurativa, a qual apresenta uma nova forma de tratar o crime/conflito.

Nesse diapasão, o crime resta definido como uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A aplicação da justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança. Assim, a punição não assume um lugar central como na retributiva.

Na justiça restaurativa, é dado ênfase ao diálogo entre as partes, ou seja, é proporcionado aos envolvidos no crime/conflito a possibilidade de ficarem frente a frente e falar os sentimentos, ações, resultados e percepções que a ação danosa surtiu tanto na vida da vítima quanto na vida do ofensor. Nesse sentido, um “coloca-se” ou ao menos tem a possibilidade de colocação no lugar do outro, com o escopo de tentar compreender os reais motivos que ocasionaram a contenda.

Quando realizada essa pratica desenvolve-se conscientemente ou inconscientemente a empatia, o que por si só já gera resultados positivos para as partes e na aplicação da Justiça. É necessário destacar que não são em todos os casos que tal procedimento é possível, pois muitas vezes a parte não deseja escutar o outro, não deseja estar frente a frente com o

outro e quando ocorre tal situação, é dado seguimento ao processo de investigação do crime/conflito pelo viés da retributiva.

Portanto, não se pode analisar a retributiva e a restaurativa de forma isolada, eis que uma necessita da outra para melhor resolução dos crimes/conflitos. Explica-se. Quando utilizado a restaurativa junto a retributiva e as partes estão abertas para o desenvolvimento de uma possível conciliação, os resultados são satisfatórios tanto para os envolvidos quanto para o Poder Judiciário.

No presente artigo deu-se ênfase as principais diferenças existentes na Justiça Retributiva e Restaurativa, com destaque as partes envolvidas, aos danos ocasionados em razão do crime/conflito, as possibilidades de reparação dos danos, as necessidades da vítima e do ofensor, entre outros. O estudo realizado, nos permite verificar que ainda é possível a aplicação de uma nova forma de Justiça.

2 Conceituação, considerações e diferenças das justiças retributiva e restaurativa

Inicialmente faz-se necessário proceder algumas considerações no que se refere ao conceito de Justiça Retributiva e Justiça Restaurativa, pois tais definições são de extrema importância para a compreensão de suas principais distinções. A concepção retributiva, adota os paradigmas do direito penal dogmático, ou seja, da ênfase ao previsto na lei penal, utilizando-se de procedimentos formais rígidos com destaque a pessoa do infrator.

Nesse sentido, o crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. Em outras palavras, na sociedade atual a Justiça é definida como aplicação da lei e o crime é definido pela violação ou infração de uma lei. Assim, os fatores sociais, éticos e pessoais são importantes apenas na medida em que são definidos juridicamente como relevantes.

Na medida em que ocorre a violação da lei, nasce a necessidade de se responsabilizar a pessoa causadora da violação. No processo de responsabilização, mais precisamente o processo penal, foca-se na determinação da

culpa e, uma vez estabelecida, a mesma recai sobre o indivíduo, pois o Estado é a vítima e somente ele pode reagir e, em razão disso, a lei penal posiciona o ofensor contra o Estado.

Nesse sentido Spengler & Wermuth (2017, p. 185), destacam que:

Ao tomar para si o monopólio da jurisdição, determinando o Direito ao caso concreto de forma impositiva, o Estado pretende tratar o conflito por meio da aplicação do Direito Positivo. Por conseguinte, a jurisdição aparece como uma atividade na qual o Estado substitui as partes em um modelo baseado em princípios expressos na própria lei e universalmente reconhecidos.

Destaca-se que a aplicação do Direito Positivo se faz necessária pois não podemos afastar a premissa de que a Justiça Retributiva da forma como é aplicada, embora atente apenas a letra da lei, não pode ser descartada integralmente com o uso de formas alternativas de justiça. Pois, mesmo que a retributiva não opere de forma satisfatória, ela ainda está organizada e sua aplicação surte determinados efeitos em favor da sociedade.

Importante destacar que a justiça em comento, é aplicada pelos operadores do direito que estão junto ao Poder Judiciário e que o referido Poder não está conseguindo promover a resolução dos conflitos a ele submetidos de forma eficaz. Tal deficiência de atuação se dá em razão da apresentação de casos/conflitos com alta complexibilidade e resulta em uma crise de identidade e de eficiência.

No que se refere a crise de identidade Spengler & Wermuth (2017, p. 187):

Pode-se vislumbrá-la por um certo embaçamento do papel judicial como mediador central de conflitos, perdendo espaço para outros centros de poder, talvez mais aptos a lidar com a complexidade conflitiva atual, mais adequados em termos de tempo e espaço. Não se pode perder de vista também que o aparato judicial, para tratar os conflitos atuais, serve-se de instrumentos e códigos muitas vezes ultrapassados, ainda que formalmente em vigor, com acanhado alcance e eficácia reduzida.

No que concerne a crise de eficiência (WERMUTH; SPENGLER, 2017) o judiciário incapacitado de propiciar de modo eficiente à complexidade social e litigiosa diante da qual se apresenta, resta sucumbido diante da inovadora carga de tarefas que lhe são apresentadas. Portanto, resta claro o “flagrante descompasso entre a procura e a oferta dos serviços judiciais, em termos tanto qualitativos quanto quantitativos” (FARIA, 2001, p. 11).

Realizadas as considerações supra no que se refere a aplicação da lei, bem como as dificuldades procedimentais para a sua consecução, passamos a análise do crime/conflito sobre o viés da retributiva e restaurativa. Assim, será demonstrado as principais diferenças no trato do conflito sobre a égide das justiças em estudo.

Nas palavras de Zehr (2008, p. 77):

Ao invés de focalizarmos o dano efetivamente causado ou a experiência vivida por vítima e ofensor, nos concentramos no ato de violação da lei. O que define a ofensa e dá início ao processo criminal é este cometer um ato definido em lei como crime – e não o dano ou o conflito.

O procedimento penal da forma com que é aplicado não apresenta condições de responder de maneira adequada aos conflitos penais. Pois, considera que o Estado é o principal ofendido com a prática de delitos, e, sendo assim, apresenta-se como o principal responsável pela iniciativa de punir o violador. Assim sendo, no presente estudo quando da análise da retributiva e da restaurativa será dado ênfase ao conjunto de elementos que compõem um conflito, tais como figura da vítima, na retributiva é claro que o padecedor é o Estado e que a verdadeira vítima do conflito é deixada em segundo plano, ao passo que na restaurativa as necessidades da vítima são centrais; a figura do ofensor; a da comunidade, entre outros.

Tendo em vista as dimensões pessoais, pode-se dizer tranquilamente que o crime envolve um conflito entre vítima/ofensor; autor/réu; pessoa/sociedade, entre outros. No entendimento de Zehr (2008, p. 173) “O crime é resultado de um sistema legal que faz distinções arbitrárias entre variados danos e conflitos”. Quando cometido um determinado crime

deve-se atentar as dimensões que envolvem todo o contexto em relação ao ocorrido, ou seja, importante levar em consideração a figura da vítima; dos relacionamentos interpessoais; a figura do ofensor e da comunidade.

Destaca-se que a justiça retributiva centra-se na comunidade/sociedade. Nesse sentido, a vítima e o ofensor são irrelevantes, ou até mesmo podem receber uma atenção especial, mas isso só ocorre quando o Estado determina que tal cautela seja importante para o desfecho do acontecido. Na maioria dos conflitos, as necessidades da vítima e do ofensor são ignoradas, tendo em vista que as dimensões interpessoais são irrelevantes.

Assim, desconsidera-se a possibilidade de que o crime é um conflito e que na maioria dos casos tal fato pode ter ocorrido em razão de um embate pessoal do ofensor; de um problema social ou de saúde da comunidade onde o perpetrador está inserido; do descumprimento de uma medida protetiva nos casos de violência doméstica, entre outros. O que se pretende demonstrar é que o sistema penal atual se volta para a letra fria da lei e para as provas obtidas na instrução penal.

Pode-se dizer que ao atentar apenas ao que está previsto na legislação penal fere-se o princípio da dignidade da pessoa humana, ao qual é elencada de forma clara e precisa na Lei Maior, a Constituição Federal. “A dignidade da vida humana é expressão reconhecida por todos os indivíduos como um princípio, um meio e um fim de todos os esforços que se faz para melhor organizar a sociedade”. (Silva; Menegon, 2018).

Para Silva & Menegon (2018, p. 77):

A dignidade tem uma concretude de onde ela brota: a qualidade de vida, ou seja, quando o sujeito não passa fome, quando consegue manter sua saúde ou recuperá-la, quando possui moradia, quando tem acesso à educação escolar, quando consegue viver sua afetividade, quando lhe é permitido falar e ser ouvido e, especialmente, quando consegue trabalhar e auferir renda digna.

Nesse sentido, ainda que comumente destacado que o princípio supra é observado na seara penal, verifica-se, na prática, através de uma simples análise de um dispositivo legal que o princípio não resta observado de forma integral. De acordo com o artigo 1º do Código Penal “não há crime

sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1940). Da leitura do referido dispositivo, constata-se que o mesmo vai de encontro aos termos supra, ou seja, que o crime e as penas devem estar previstos em lei.

Desse modo, ao atentar a percepção de um crime/conflito como a violação de uma norma, os aspectos extralegais que envolvem a situação são ignorados e as possibilidades de resolução dos conflitos no que se refere as partes são desconsideradas. Na verdade, o que deve ser levado em consideração quando da administração de crimes/conflitos judicializados no corpo social contemporâneo é que à participação das partes configura-se limitada ao depoimento da vítima e ao interrogatório do réu.

Portanto, os únicos elementos importantes são aqueles estabelecidos na lei e nas provas obtidas no decorrer do andamento processual, isto é, resta configurada a justiça tradicional. O Magistrado detém-se apenas ao corpo probatório, não observa os reais motivos que ocasionou o crime/conflito. Como já referido anteriormente, essa operação da justiça voltando-se apenas ao descrito na lei, não abre a possibilidade para um olhar sobre a vítima, a comunidade, entre outros.

Porém, necessário se faz analisar a Justiça sobre outra ótica, a Restaurativa. Destaca-se que “o moderno campo da Justiça Restaurativa de fato desenvolveu-se nos anos 70 a partir de experiências em comunidades norte-americanas com uma parte considerável de população menonita” (ZEHER, 2012, p. 22).

O referido modelo de justiça desenvolveu efeitos significativos para aquelas comunidades, que passou a ser adotado no mundo todo. Porém, tal aplicação, no Brasil, é procedida na fase inicial. Poder-se-ia referir que esta fase inicial, elenca precisamente as fases de conhecimento e análise para posterior aplicação formal e universal no território brasileiro.

Ainda, nas palavras de Zeher, (2012, p. 22):

Buscando aplicar sua fé e visão de paz ao campo implacável da justiça criminal, os menonitas e outros profissionais de Ontário, Canadá, e depois de Indiana,

Estados Unidos, experimentaram encontros entre ofensor e vítima dando origem a programas, nessas comunidades, que depois serviram de modelo para projetos em outras partes do mundo.

Com base na contribuição supra, podemos dizer que a justiça restaurativa surgiu no momento histórico em que várias pessoas sonharam em fazer justiça de uma forma diferente. Essa visão restauradora, consiste em uma forma alternativa de justiça, que parte da premissa que: “o crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança”. (ZEHR, 2008, p. 77).

Na visão restaurativa o termo crime é substituído pela expressão ato lesivo. Nesse seguimento, a justiça tem como escopo reparar a lesão e promover a cura dos envolvidos no fato. Portanto, dentre os vários objetivos destaca-se primeiramente o da reparação e da cura para as vítimas. Nesse sentido, a expressão cura para as vítimas não significa esquecer o fato lesivo e sim consiste em um centro de recuperação e uma forma de encerrar o ciclo. Encerrando o ciclo, conseqüentemente a cura propõe uma relação e esperança para o futuro.

Uma das várias diferenças entre a retributiva e a restaurativa é que a primeira se centra nos fatos e resultados ocorridos no passado, enquanto a segunda centra-se na superação do fato com um olhar para o futuro. Dentre os vários processos aplicados para a superação do fato, e não apenas para a vítima, mas também ao ofensor, é a reconciliação, o qual consiste no movimento de “entendimento” vítima-ofensor.

Assim, o instituto da reconciliação proporciona as partes envolvidas no litígio a possibilidade de arrependimento e perdão, e, em conseqüência, o estabelecimento de um relacionamento positivo entre vítima e ofensor. Destaca-se que na teoria o instituto mencionado apresenta a possibilidade de ser aplicado e surtir efeitos em todos os casos, porém, na prática é um pouco diferente.

Nesse sentido Zehr (2008, p. 77) destaca que:

Contudo, não seria realista esperar que a reconciliação aconteça em todos os casos. E muitos deles não se chegará a nada parecido com reconciliação. Em outros será possível evoluir para um relacionamento satisfatório que não envolva intimidade ou confiança total. Os participantes jamais devem sentir que estão sendo coagidos a se reconciliarem.

Ainda, a reconciliação figura com um instituto importantíssimo no dia a dia forense, no que se refere ao tratamento dos conflitos. Explica-se. Quando um determinado conflito chega ao Poder Judiciário, significa que a contenda extrapolou todas as possibilidades de resolução entre as partes, necessitando da intervenção de um terceiro (Poder Judiciário) para auxiliar na solução do caso.

O que se percebe é que na maioria das vezes os conflitantes agem no calor das emoções e conseqüentemente a contenda toma outros rumos. O Código de Processo Civil em seu artigo 334, prevê a possibilidade da realização da audiência de conciliação, a qual tem como escopo resolver o conflito levado ao Poder Judiciário já na fase inicial do processo, ou seja, tem como finalidade conceder as partes a possibilidade de realizarem um acordo/conciliação no que diz respeito ao conflito.

Importante destacar que o instituto da conciliação é uma das ferramentas que pode ser utilizada dentro da justiça comum, porém, apresenta elementos da justiça restaurativa. Ainda, a conciliação utilizada na audiência não promove/possibilita a cura dos envolvidos, é utilizada de maneira formal e procedimental, mas possibilita o processo de comunicação, consistente na fala e na escuta das partes envolvidas.

Passamos a análise das principais diferenças entre as justiças em comento. Inicialmente resta necessário esclarecer que quando constatado um crime/conflito sobre a lente da Justiça Restaurativa existe a punição, porém, ela não assume o lugar central como ocorre na retributiva. No que se refere ao crime/conflito na retributiva ele é visto como já dito em outra oportunidade no presente, como uma violação da lei e do Estado, ao passo que na restaurativa o crime resta configurado como uma violação de pessoas e de relacionamentos.

Nesse sentido, as violações acima elencadas geram na ótica retributiva a culpa e o procedimento de apuração são centrais, focando-se no passado. Já na restaurativa, as violações geram obrigações e o foco do cumprimento delas é no futuro. Ainda, no que se refere as partes envolvidas, a retributiva volta-se ao ofensor, desconsiderando-se a vítima e a restaurativa centra-se nas necessidades da vítima e também do ofensor.

Segundo Zehr (2008, p. 180) “Uma justiça que vise satisfazer e sobejar deve começar por identificar e tentar satisfazer as necessidades humanas”. Nesse seguimento, podemos constatar que resta evidentemente claro que para a aplicação de uma justiça não se deve atentar apenas as necessidades da vítima ou do ofensor, mas sim para as necessidades humanas. No termo necessidades humanas, pode-se englobar as partes envolvidas em um crime/conflito, porém, deve-se atentar, também, a todo o contexto social, familiar e pessoal, que envolve o caso e consequentemente a aplicação da justiça.

No entendimento de Zehr (2008, p. 180):

No caso de um crime, o ponto de partida deve ser as necessidades daqueles que foram violados. Quando um crime acontece (tenha o ofensor sido identificado ou não), a primeira preocupação é: “Quem sofreu dano?”, “Que tipo de dano?”, “O que estão precisando?”. Esse tipo de abordagem, é claro, difere muito da justiça retributiva que pergunta em primeiro lugar: “Quem fez isso?”, ‘O que faremos com o culpado?’ – e que dificilmente vai além disso.

No que concerne aos danos oriundos de um crime/conflito na justiça retributiva eles são praticados pelo ofensor contrabalanceando-se pelo dano imposto a vítima e um dano social é cumulado ao outro. Na percepção da restaurativa, é enfatizado a reparação dos danos sociais e o dano praticado é contrabalanceado pelo bem realizado.

Assim, quando constatada a ocorrência de danos podemos levar em consideração duas formas para a sua reparação, isto é, a forma de retribuição e a forma de restituição. A restituição consiste na recuperação de perdas e sua importância é simbólica (ZEHR, 2008). Nesse sentido, “a restituição significa um reconhecimento do erro e uma declaração de responsabilidade.

A correção do mal é, em si, uma forma de expiação que poderá promover a cura mais eficazmente do que a retribuição” (Zehr, 2008, p. 181).

Com relação a retribuição Zehr, (2008, p. 182), destaca que:

A retribuição em geral deixa um legado de ódio. Talvez a retribuição seja melhor do que nada em termos de uma experiência satisfatória em termos de justiça, mas ela não ajuda em nada para aplacar hostilidades que dificultam a cura. Essa é a beleza do perdão. Ao tratar os sentimentos hostis, ele permite que a vítima e ofensor assumam o controle de suas próprias vidas.

Desse modo tanto a restituição como a retribuição consistem em formas aplicadas na busca de um equilíbrio entre as partes envolvidas no conflito. Destaca-se que a restituição é uma forma mais concreta de restaurar a equidade ao passo que a retribuição enfatiza um equilíbrio possibilitando que o ofensor seja colocado ao mesmo nível onde a vítima se encontra.

Outra forma de reparação do dano oriundo do conflito é o empoderamento da vítima, isto é, por meio da restituição busca-se elevar a vítima ao seu nível original (ZEHER, 2008). “Para tanto, reconhece o valor ético da vítima, percebendo ainda o papel do ofensor e as possibilidades de arrependimento – assim reconhecendo também o valor do ofensor” (ZEHR, 2008, p. 182).

Ainda, importante mencionar que na justiça retributiva os laços/contato do ofensor com a comunidade são enfraquecidos, bem como o contexto social, econômico e moral do seu comportamento são ignorados. Na restaurativa os laços do ofensor junto a comunidade são reforçados e todo o contexto é relevante e os valores de reciprocidade e cooperação são destacados/fomentados.

Destaca-se que uma das ferramentas da Justiça Restaurativa que ganha ênfase quando comparada com a retributiva consiste na troca de informações sobre o fato, as ofensas e as necessidades. No que diz respeito ao contato direto entre vítima e ofensor o mesmo pode ser de muita ajuda, porém, a aplicação da justiça não pode depender apenas de interações diretas entre as partes envolvidas.

Ao longo do estudo verificou-se que as duas justiças abordadas no presente exibem diferentes formas de tratamento no que tange ao trato de um crime/conflito. A justiça retributiva é a que possuímos na atualidade. A justiça restaurativa é uma forma alternativa de justiça que possui procedimentos e formas de tratamento das partes diferenciadas.

Na presente pesquisa constatou-se que na justiça retributiva o crime ocorre quando o Estado e suas leis são violados e conseqüentemente o foco dessa justiça é o estabelecimento da culpa. Na justiça restaurativa a prática de um crime viola pessoas e relacionamentos e a justiça tem como finalidade identificar as necessidades e obrigações das partes envolvidas.

Destaca-se que a forma com que a justiça vem sendo aplicada, especialmente na seara penal, como foi analisado no presente estudo, não está correspondendo às expectativas e resultados buscados tanto pelo Poder Judiciário quanto pela Comunidade. Um exemplo disso, é a superlotação carcerária, o aumento crescente da criminalidade, a insatisfação com a Justiça e a fragilidade do senso comunitário.

Portanto, os exemplos supra, consistem em sinais de alerta que nos levam a repensar o olhar que temos em relação ao crime e ao nosso modelo de justiça. Conclui-se que resta necessária a implementação de uma nova forma de justiça. A referida forma, pode ser aplicação simultânea da retributiva com a restaurativa.

Considerações finais

Ao término do presente trabalho verifica-se que a cada momento da evolução da sociedade resta necessária a Justiça tradicional/atual ser repensada e reaplicada com ênfase em técnicas de conciliação, diálogos e escuta das partes envolvidas em um determinado conflito. Nesse sentido, não se deve atentar apenas ao que está previsto na letra da Lei, pois a mesma não contempla todo o contexto que envolve o crime/conflito.

Assim, no estudo atentou-se a justiça retributiva e conseqüentemente ao observar apenas as previsões legais sobre a ótica referida, consiste em

um significado de colocar o Estado como a principal vítima do ocorrido e promover a satisfação da sociedade/comunidade, deixando em segundo plano as partes envolvidas diretamente no crime/conflito.

Nesse sentido, o procedimento penal da forma com que é aplicado não apresenta condições de responder de maneira adequada aos conflitos penais. Porém, não podemos afastar a premissa de que a Justiça Retributiva da forma como é aplicada, embora atente apenas a letra da lei, não pode ser descartada integralmente com o uso de formas alternativas de justiça. Pois, mesmo que a retributiva não opere de forma satisfatória, ela ainda configura-se organizada e sua aplicação surte determinados efeitos em favor da sociedade.

A justiça restaurativa consiste em uma forma alternativa de observar o crime/conflito além das previsões legais. A referida justiça trata o crime/conflito como uma violação de pessoas e relacionamentos e devido a isso promove a aplicação de um olhar centrado nas partes envolvidas, observando os reais motivos que ocasionaram a contenda.

Destaca-se que a superlotação carcerária, o aumento crescente da criminalidade, a insatisfação com a Justiça, a fragilidade do senso comunitário, entre outros, são exemplos claros de que a Justiça atual necessita de novas implementações, novos olhares, com ênfase nas partes incluídas em um processo penal que apura a autoria de um crime/conflito.

Através do estudo realizado e explicando a indagação que se pretendeu responder no presente: a justiça retributiva pode ser substituída pela justiça restaurativa? Conclui-se que não, pois as duas justiças são de extrema importância para a aplicação da Justiça. Nesse sentido, a retributiva contribui com sua previsão legal e sistemática no trato dos conflitos ao passo que a restaurativa contribui com sua dimensão centrada nas necessidades das partes envolvidas, ou seja, ofensor, vítima e comunidade.

Conclui-se que, uma alternativa para a aplicação de uma justiça justa e equilibrada para todas as partes envolvidas em determinado crime/conflito, seria a alteração da legislação penal e conseqüentemente da sistemática processual penal. Para tanto, no processo de alteração, poder-

se-ia incluir junto a legislação as práticas e procedimentos utilizados na justiça restaurativa.

Por meio do estudo efetuado, conclui-se que efetuada as sugestões de alterações legais supra, a aplicação da Justiça seria realizada de forma plena e eficiente, proporcionado a educação para os envolvidos no crime/conflito; a possibilidade de uma nova visão e aprendizado sobre os fatos ocorridos; o Poder Judiciário teria mais eficiência; diminuir-se-ia a população carcerária e a criminalidade e conseqüentemente a comunidade/sociedade se sentiria mais segura e satisfeita com a Justiça.

Referências

BIANCHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça Restaurativa: um desafio à práxis jurídica**. Campinas, SP: Servanda, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 06 de out. 2019.

BRASIL. **Código Penal**, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 05 de out. 2019.

FARIA, José Eduardo. O poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. Revista Serviço Social e Sociedade, ano XXII, n. 67, set. 2001.

SILVA, Enio Waldir da. e MENEGON, Carolina. Direitos Humanos e Solidariedade como Fortaleza Cultural. **Direitos Humanos e as Lutas Emancipatórias na Contemporaneidade: A Economia Solidária e o Feminismo**. Ijuí, RS: Unijui, 2018.

SPINGLER, F.M.; WERMUTH, M.A.D. A experiência das audiências de custódia no processo penal e a crise de jurisdição brasileira: uma impossibilidade flagrante. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídicas RIHJ Doutrina, ano XV, n. 22, p. 183-203, jul./dez. 2017.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

**Projeto transformação em arte:
relação construtiva entre liberdades instrumentais
em Amartya Sen e inclusão digital**

*Laiana Karolina Demenech*¹

*Neuro José Zambam*²

1 Introdução

A sociedade do século XXI sofre inúmeras transformações oriundas da implementação e desenvolvimento acelerado das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC). Os seres humanos passaram a se comunicar através das redes, o que faz a realidade virtual ser uma constante no cotidiano das pessoas.

Em que pese o acesso à internet aumentar significativamente ano após ano, isto não é indicativo de inclusão digital porque muitos indivíduos não possuem equipamentos apropriados e conhecimentos para acessar à internet com qualidade.

¹ Mestranda em Direito pela Faculdade IMED de Passo Fundo/RS. Graduada em Direito pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo. Advogada. Membro do Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen. Membro do grupo de pesquisa Direitos Culturais e Pluralismo Jurídico. E-mail: <laianademenech@gmail.com>. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/040439135278354>>.

² Possui estágio pós doutoral em Filosofia na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Doutor em Filosofia pela PUCRS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional - IMED - Mestrado. Professor do Curso de Direito (graduação e especialização) da Faculdade Meridional - IMED de Passo Fundo. Membro do Grupo de Trabalho, Ética e cidadania da ANPOF (Associação Nacional dos Programas de Pós-graduação em Filosofia). Pesquisador da Faculdade Meridional. Líder do Grupo de Estudo Direitos Culturais e Pluralismo Jurídico. Líder do Centro Brasileiro de Pesquisa sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen: interfaces com direito, políticas de desenvolvimento e democracia. Passo Fundo/RS E-mail: nzambam@imed.edu.br; neurojose@hotmail.com. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/6893744456793355>>.

Assim, o tema de inclusão digital tornou-se central em debates de desenvolvimento econômico, político e social, de modo a compor a agenda de organizações internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU). Esta organização propôs os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS (em inglês, *Sustainable Development Goals* – SDG), do qual o Brasil é signatário desde 2015, destacando-se o objetivo nº 9 – *Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação*, devido este incluir a finalidade de universalização de acesso à internet a todos.

A inclusão digital também se faz pauta de instituições sociais, tais como o Projeto Transformação em Arte. O projeto tem por finalidade amparar os filhos dos trabalhadores da reciclagem e demais crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social do bairro Vila Popular, localizado no município de Passo Fundo, RS, Brasil. A ação social visa educação dos seus beneficiários mediante a oferta de atividades lúdicas e oficinas de capoeira, dança, percussão, inclusão digital, grupo de estudos, entre outras, em turno inverso ao escolar.

Além disso, o Projeto Transformação em Arte busca a conscientização de crianças e adolescentes dos problemas sociais de sua comunidade, a qual é marcada por violência, tráfico de drogas, prostituição, pobreza e escassas oportunidades para os membros transformarem sua realidade.

Utiliza-se a literatura de Amartya Sen para a análise do Projeto Transformação em Arte, haja vista o autor propor o desenvolvimento econômico, político e social como resultado do exercício das liberdades que os indivíduos desfrutam na sociedade, opondo-se as visões tradicionais que alocam o desenvolvimento como resultado do crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB). Nos dizeres do autor:

O enfoque nas liberdades humanas contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, como as que identificam desenvolvimento com crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento das rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. O crescimento do PNB ou das rendas individuais obviamente pode ser muito importante como meio de

expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade. Mas as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde) e os direitos civis (por exemplo, a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas). (SEN, 2000, p. 17)

No tocante ao exercício das liberdades, Sen (2000, p. 25) aponta cinco categorias de liberdades instrumentais imprescindíveis para o indivíduo promover suas capacidades gerais, quais sejam: (1) *liberdades políticas*, (2) *facilidades econômicas*, (3) *oportunidades sociais*, (4) *garantias de transparência*, e (5) *segurança protetora*.

Devido ao Projeto Transformação em Arte ofertar oficinas de inclusão digital e este processo integrar o acesso a outros direitos e liberdades, o tema do artigo é analisar a inclusão digital de crianças e adolescentes empregada no Projeto Transformação em Arte por meio de observações empíricas, visitas e interações participativas a fim de demonstrar a relevância das liberdades instrumentais para o exercício da liberdade: de oportunidades sociais e de facilidades econômicas e suas inter-relações segundo Amartya Sen.

Para tanto, busca-se responder ao seguinte problema: Como o processo de inclusão digital de crianças e adolescentes ofertado no Projeto Transformação em Arte contribui para o fortalecimento da liberdade promovendo a inter-relação das liberdades instrumentais segundo Amartya Sen?

Assim, visou-se confirmar a seguinte hipótese: A inclusão digital disponível no Projeto Transformação em Arte contribui para o exercício da liberdade a partir do incremento das liberdades instrumentais conforme concebe Sen.

Os objetivos são: a) descrever o significado da inclusão digital; b) apontar os dados coletados pela pesquisa do TIC Domicílios a fim ressaltar os motivos que geram a exclusão digital no Brasil; c) descrever as liberdades instrumentais de oportunidades sociais e facilidades econômicas propostas por Sen e suas inter-relações no processo de inclusão digital

propiciado pelo Projeto Transformação em Arte; e d) demonstrar a importância das liberdades instrumentais como mecanismo de efetivação da liberdade.

Utiliza-se a obra *Desenvolvimento como Liberdade* de Amartya Sen e o método de estudo de caso, mediante pesquisa de campo no Projeto Transformação em Arte com viés exploratório.

Assim, propiciar inclusão digital para crianças e adolescentes em estado de vulnerabilidade social do Projeto Transformação em Arte permite o acesso à educação digital como oportunidade social e melhores condições para ingressar no mercado do trabalho como facilidades econômicas, sendo a inter-relação presente no fato de que quanto mais educação tanto mais capacitações [*capabilities*] para o trabalho.

2 O significado da inclusão digital

O conceito de inclusão digital significa uma pessoa obter conhecimentos ao acessar a internet e dispor do instrumental tecnológico (computador, notebooks, etc.) adequado. Desse modo, pode dizer que houve condições de acesso à internet, sendo que inclusão digital não significa somente estar conectado à internet em um computador. (LEITE, 2014, p. 258).

O Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) dispõe no inciso I do artigo 4º que o uso da internet no Brasil tem como um de seus objetivos a promoção do direito de acesso à internet a todos. Tal disposição decorre do cenário atual em que a conectividade e as tecnologias da informação determinam as relações entre os indivíduos e o modo como a sociedade se desenvolve.

George Salomão Leite (2014, p. 253) explica que o dispositivo do Marco Civil da Internet, ao versar sobre o objetivo da promoção do acesso à internet a todos, depende da implementação de tecnologias que operem a conectividade à rede e fornecimento de equipamentos para sua concretização. Diz o autor:

Evidentemente que tal dispositivo que assegura o uso da internet a todo cidadão brasileiro deve ser interpretado tendo em vista sua possibilidade de concretização, de implementação no mundo fático, posto que a viabilização do uso da internet a toda uma população dependerá da implementação de um grande aparato tecnológico para efeitos de colocar o sinal à disposição de todos, afora a disponibilização de máquinas e equipamentos que permitam a conexão e uso da internet.

Então, infere-se que a inclusão digital visa fornecer instrumentos tecnológicos adequados e resguardar os meios de transmissão de conhecimentos ao fazer uso da internet. Esta perspectiva vai ao encontro da inclusão digital de crianças e adolescentes em estado de vulnerabilidade social do Projeto Transformação em Arte no sentido de possibilitar a conectividade para todos os seus membros e os equipamentos ofertados garantirem a conexão e o acesso à internet, além do que há oficinas para que os beneficiários possam se adquirir conhecimentos na área.

Leite entende que a universalização do acesso à internet constitui direito fundamental, como um “direito-meio”, haja vista que o indivíduo utiliza a internet para ouvir músicas, ver filmes, relacionar-se com outras pessoas, estudar, trabalhar, etc. Destarte, o acesso à internet é uma ferramenta para que a pessoa se conecte com diversas esferas da vida e seu significado está além da conectividade em si mesmo. Nesse sentido:

A internet, neste caso, não é um “direito-fim”, mas um “direito-meio”, de natureza instrumental, posto que sempre nos conectamos à internet com algum outro propósito que não tão somente a conectividade. Ninguém se conecta por conectar! Portanto, deve a internet ser considerada um direito fundamental na medida em que se apresenta como um instrumento (meio) de viabilização/acesso de vários outros direitos fundamentais. Trata-se de um direito fundamental de natureza instrumental. (LEITE, 2014, p. 253)

Reconhecer o acesso à internet a todos como direito fundamental está presente no cenário jurídico brasileiro através da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 479-A de autoria do Deputado Sebastião Bala Rocha. A PEC pretende incluir o inciso LXXIX ao artigo 5º da Constituição Federal

(CF) para reconhecer o acesso à internet em alta velocidade no *rol* de direitos fundamentais.

Também, há a PEC n. 185/2015, que visa incluir o artigo LXXIX ao artigo 5º da Constituição Federal para assegurar a todos o acesso universal à internet entre os direitos fundamentais do cidadão. Ressalta-se fragmento da PEC 185/2015:

Muitos dos direitos dos cidadãos, tais como, educação, informação, remuneração digna, trabalho, são cada vez mais dependentes das tecnologias de informação e comunicação. Não podemos permitir que parte significativa de nossa população seja tolhida destes direitos, pois a ausência de internet diminui as possibilidades de profissionalização, reduz as oportunidades educacionais, sociais dos cidadãos que não tem acesso ao ambiente virtual, comprometendo o futuro como nação. (CÂMARA DOS DEPUTADOS)³

O direito de acesso à internet a todos como direito fundamental se mostra um meio de balizar a inclusão digital como um pilar do desenvolvimento do país. E esta diretriz pode ser utilizada para ampliar a ação social e os objetivos de projetos desenvolvidos paralelamente a atuação estatal, ressaltando-se o Projeto Transformação em Arte

Torna-se evidente, então, que acessar à internet possibilita a concretização de outros direitos, de modo que pode ser reconhecido como direito fundamental de natureza instrumental. A natureza instrumental do direito à inclusão digital pode ser explicada a partir da visão de liberdades instrumentais conforme concebe Amartya Sen.

Nos dizeres de Sen (2000, p. 25): “Na visão do “desenvolvimento como liberdade”, as liberdades instrumentais ligam-se umas às outras e contribuem com o aumento da liberdade humana em geral”.

Assim, as cinco categorias de liberdades instrumentais em Sen – quais sejam, *1) liberdades políticas, (2) facilidades econômicas, (3) oportunidades sociais, (4) garantias de transparência, e (5) segurança protetora,*

³ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1425981&file_name=PEC+185/2015>. Acesso em: 10 ago. 2019.

diferentes, porém, inter-relacionadas, possibilitam o acesso às liberdades substantivas e geram o desenvolvimento da sociedade. Nestes termos:

[...] salienta a necessidade de uma análise integrada de atividades econômicas, sociais e políticas, envolvendo uma multiplicidade de instituições e muitas condições de agente relacionadas de forma interativa. Concentra-se particularmente nos papéis e inter-relações entre certas liberdades instrumentais cruciais, incluindo *oportunidades econômicas, liberdades políticas, facilidades sociais, garantia de transparência e segurança protetora*. (SEN, 2000, p. 11)

Cada categoria de liberdade instrumental relaciona-se com diferentes contextos da vida humana.

As liberdades políticas dizem respeito ao ato de votar e ser votado mediante eleições livres, ter liberdade para escolher e fiscalizar os governantes, os partidos políticos e as instituições públicas, ocupando a democracia espaço importante neste contexto (ZAMBAM, 2012, p. 61).

As facilidades econômicas estão ligadas a oportunidades econômicas que as pessoas necessitam e estão disponíveis no mercado ou na natureza, incluindo as condições efetivas para as pessoas participarem dos mercados e da distribuição de riqueza, obter renda, efetuar transações comerciais, usufruir de programas de crédito. (ZAMBAM, 2012, p. 62).

As oportunidades sociais derivam o acesso à sistemas de saúde e educação que propiciem qualidade de vida (ZAMBAM, 2012, p. 62-63)

As garantias de transparência empregam-se no sentido de que os cidadãos possam ter acesso ao que vem sendo decidido pelas instituições públicas. (ZAMBAM, 2012, p. 63)

Por fim, a segurança protetora busca a proteção em caráter permanente ou emergencial, designando sistemas de seguridade social, proteção contra calamidades públicas (ZAMBAM, 2012, p. 64).

O processo de inclusão digital como um meio de acesso a outros direitos coaduna com a visão de Amartya Sen acerca das liberdades instrumentais, especialmente às categorias de oportunidades sociais e de facilidades econômicas. Com relação a primeira, o acesso à internet pode

ser utilizado como importante veículo de transmissão de cultura, educação, informação, diálogo e crescimento mútuo entre os indivíduos. Já a segunda, conectar-se à rede pode ser empregado para aprender e/ou aprofundar conhecimentos que contribuem para habilitação profissional.

Por conseguinte, o direito de acesso à internet tido por meio das liberdades instrumentais em Sen se aplica a realidade das crianças e adolescentes integrantes do Projeto Transformação em Arte por este direito possibilitar a implementação de outros direitos, tais como a liberdade de expressão, a educação, a cultura e o trabalho.

A partir deste enfoque, percebe-se que a inclusão digital possui um papel social que possibilita aos indivíduos acessar diversas esferas da vida. Contudo, a forma como esse acesso irá ocorrer é uma preocupação central do processo de inclusão digital.

2 Exclusão ou *Apartheid* digital no Brasil

Muito embora a difusão das tecnologias da informação se ampliar progressiva e aceleradamente desde o alcance da internet para população em geral em 1990, através da criação da *World Wide Web* pelo engenheiro inglês Tim Bernes-Lee, existem muitas pessoas que não possuem acesso à internet, como também aquelas em que os meios de acesso à internet são precários para gerar a inclusão digital, ambos os aspectos inferem a exclusão ou *apartheid* digital, cujo conceito é tratado por George Salomão Leite (2014, p. 254) no trecho abaixo:

Se estamos a tratar do direito de acesso à internet a todos os cidadãos é porque temos pessoas que não dispõem de condições de acessibilidade à rede mundial de computadores. Estamos a falar daqueles que são excluídos digitalmente. Podemos definir a exclusão digital como a ausência de capacitação para lidar com novas tecnologias. O termo *capacitação* deve ser compreendido em uma perspectiva de *conhecimento* e de *acesso às tecnologias de informação* e de *comunicação*.

A expansão e incremento da rede no Brasil é orientada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), que desenvolve suas pesquisas em parceria com Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br). O NIC.br tem como escopo desenvolver ações para contribuir com a melhoria contínua da Internet no país, tais como: gestão do tráfego, adoção do IPv6, banda larga, segurança, aplicações *web*, dados abertos e produção de dados estatísticos.

No tocante a esse último ponto, o NIC.br desenvolve estudos e indicadores sobre a adoção de Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) que contribuem para esclarecer as implicações sociais e econômicas da expansão da internet no território nacional. A ação de integrar os estudos e indicadores é do Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br).

As pesquisas do Cetic.br contribuem para pensar políticas públicas de inclusão digital e fortalecimento da economia digital. Além disso, os estudos fomentam as agendas internacionais, servindo para o acompanhamento da efetividade dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS, definidos pela Organização das Nações Unidas (ONU), dos quais o Brasil é signatário desde 2015, por exemplo.

O TIC Domicílios é uma pesquisa aplicada desde 2005 e conduzida pelo Cetic.br, com o objetivo de mapear o acesso às Tecnologias de Informação e de Comunicação (TIC) em residências urbanas e rurais do Brasil e os meios de uso destas tecnologias por indivíduos de 10 anos ou mais. A metodologia do TIC Domicílios faz uso das informações obtida pela coleta de dados do Censo Demográfico e da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, ambas patrocinadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), e Metodologias Internacionais (*UIT, Partnership on Measuring ICT for Development*).

As áreas de investigação do TIC Domicílios são: 1) acesso às TIC; 2) uso do computador; 3) uso da internet; 4) governo eletrônico; 5) comércio eletrônico; 6) habilidades na internet; 7) uso do celular; e 8) intenção de aquisição de equipamentos e serviços TIC. E trabalha com domínios de

interesse para análise e divulgação dos dados estatísticos: a) domicílios, com as variáveis área, região, renda familiar, classe social; e b) indivíduos, com investigação das características sexo, grau de instrução, faixa etária e condição de atividade.

A pesquisa está em sua 13ª Edição, divulgada no ano de 2017, cujo relatório intitulado *TIC DOMICÍLIOS - Pesquisa Sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos Domicílios Brasileiros - 2017*, sendo dividido nas seguintes seções: acesso domiciliar à Internet, uso da Internet, telefone celular, uso da Internet em dimensão ampliada, atividades na Internet e atividades culturais na Internet.

Os dados estatísticos coletados revelaram que a proporção de domicílios com acesso à internet no país chegou a 61% (cerca de 42,1 milhões de domicílios), o que representa um aumento de sete pontos em relação ao percentual observado em 2016. Embora tenha ocorrido crescimento, as desigualdades regionais e socioeconômicas permanecem, de modo que o percentual de domicílios conectados à internet em áreas urbanas (65%) e nas classes A (99%) e B (93%) é significativamente maior que em domicílios de áreas rurais (34%) e classes DE (30%).

As desigualdades de disponibilidade de acesso domiciliar à internet também oscilam nas diversas regiões do país, de modo que as regiões Sudeste (69%), Centro-Oeste (68%) e Sul (60%) possuem percentuais mais altos, enquanto que as regiões Norte (48%) e Nordeste (49%) possuem índices menores. Apesar da percentagem ser maior para as regiões Sudeste e Nordeste, cumpre enfatizar que nestas regiões se estima que, em números absolutos de domicílios sem acesso à internet, equivale a mais de 9 milhões de domicílios em cada uma dessas regiões em 2017.

No tocante aos dispositivos utilizados para o acesso à internet, a percentagem de usuários de internet no país equivale a 67% da população com dez anos ou mais, ou seja, 120,7 milhões de usuários. Nesta totalidade, a percentagem de 96% usou a internet pelo telefone celular, destacando-se que 49% deles fizeram uso da internet apenas pelo dispositivo móvel.

Ressalta-se que a percentagem daqueles que utilizaram a internet por celular chegou ao patamar daqueles que acessaram tanto pelo computador quanto pelo celular (47%).

As principais atividades de comunicação realizadas pelos usuários de internet brasileiros são o uso de serviços de mensagens (90%) e redes sociais (77%). Também foram frequentes as atividades culturais, como assistir vídeos e ouvir músicas, ambas efetuadas por 71% dos usuários de Internet brasileiros, ou seja, 50% da população considerada na pesquisa.

A produção de conteúdos próprios *on-line* foi realizada por 37% dos usuários de internet, sendo esta percentagem inferior ao compartilhamento de conteúdo produzidos por terceiros (73%). O compartilhamento de conteúdo de autoria própria foi mais utilizado para *posts* de acontecimentos do cotidiano do que para divulgar um trabalho ou vender produtos ou serviços.

Assim, denota-se que a inclusão digital necessita enfrentar barreiras econômicas e sociais para ocorrer com linear avanço, haja vista as desigualdades entre as classes sociais, áreas urbanas e rurais e em regiões geográficas do país. Houve aumento no número de domicílios com acesso à internet, todavia, o acesso é realizado por celular e muitos indivíduos não possuem computador.

O acesso à internet com a finalidade de envio de mensagens instantâneas e redes sociais demonstram que grande parte da população não desenvolveu habilidades e competências para usufruir dos benefícios das tecnologias da informação e comunicação para estudar ou desenvolver um trabalho, à título exemplificativo.

Nesse sentido, as pesquisas efetuadas pelo TIC Domicílios elucidam que existem desigualdades significativas de acesso à internet no Brasil, demonstrando o porquê as crianças e os adolescentes integrantes do Projeto Transformação em Arte estariam condicionadas a permanecerem na condição de excluídos digitais. A ausência do projeto na comunidade implicaria exatamente na falta de condições financeiras para adquirir equipamentos tecnológicos para acessar à internet, além da carência de

acesso à educação de qualidade que permita a alfabetização e conscientização da importância que o uso das redes pode ter como instrumento de desenvolvimento pessoal, social e profissional.

A pobreza da comunidade, ressaltada por condições precárias de subsistência, discriminação, fome, educação pública de baixa qualidade, desemprego, tráfico de drogas, prisões, violência, prostituição, condições sanitárias inadequadas, releva a escassez de oportunidades e a restrição do exercício da liberdade, sendo a exclusão digital outro fator que os aloca em situação de vulnerabilidade social.

Para Amartya Sen, a privação de liberdade impacta de forma bastante negativa para o desenvolvimento do cidadão e da cidadania, justamente porque o não acesso a liberdades básicas se dá em decorrência da pobreza que assola parte significativa da população, determinando a exclusão de diversos âmbitos importantes da vida em sociedade, conforme se denota do trecho abaixo transcrito:

A despeito de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até mesmo à maioria. Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a provação da liberdade vincula-se estritamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais. Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade. (SEN, 2000, p. 18)

A inserção de projetos sociais como o Projeto Transformação em Arte em contextos de desigualdades sociais discrepantes pode salvaguardar o exercício da liberdade para crianças e adolescentes com escassas oportunidades de desenvolvimento social, econômico e de cidadania. Ao ofertar

computadores, acesso à internet e oficinas educativas de informática, o projeto está ampliando as capacitações de seus integrantes para obterem melhor desempenho em seus trabalhos escolares, bem como qualificação para o mercado de trabalho, que exige cada vez mais níveis escolares elevados para poder ter destaque.

Assim, constata-se, por meio dos dados coletados pelo TIC Domicílio, que os obstáculos gerados pela exclusão digital no país permanecem em relação a ausência de acesso a aparelhos tecnológicos e habilidades que possibilitem a conexão às redes com qualidade, de modo a ação social do Projeto Transformação em Arte é vital se considerado determinados contextos de vida.

3 As liberdades instrumentais na inclusão digital por meio do projeto transformação em arte

A concretização da inclusão digital para dar respostas as transformações operadas na sociedade do século XXI se faz um meio hábil de desenvolver a economia, a política, a educação, a cultura, o lazer, o mercado de trabalho e as relações interpessoais.

Cumprir enfatizar os saberes de Manuel Castells ao relatar que as desigualdades de acesso à internet geram impactos no mercado de trabalho e há mudanças significativas ocorrendo no processo de emprego, haja vista que agora o indivíduo precisa obter elevados níveis de qualificação profissional ou então irá trabalhar desempenhando cargos técnicos, como “chão de fábrica”. Veja-se:

[...] houve, paralelamente, um crescimento das ocupações que exigem alto nível educacional e dos empregos de baixa qualificação, com um poder de barganha muito diferente no mercado de trabalho. [...] De fato, houve uma tendência a aumentar a autonomia de decisão dos trabalhadores com alto nível educacional, que se tornaram os ativos mais valiosos de suas empresas. Eles muitas vezes são chamados de “talento”. Por outro lado, os trabalhadores genéricos, enquanto executores de instruções, continuaram a proliferar, pois

muitas tarefas servis dificilmente podem ser automatizadas e muitos trabalhadores, especialmente jovens, mulheres e imigrantes, estão dispostos a aceitar qualquer condição para a obtenção de um emprego. Essa estrutura dual do mercado de trabalho está relacionada às condições estruturais de uma economia do conhecimento que cresce no contexto de uma grande economia de serviços de baixa qualificação e é a origem da crescente desigualdade observada na maioria das sociedades. (CASTELLS, 2012. p. VIII)

Por isso, o processo de inclusão digital oportunizado por meio do Projeto Transformação em Arte demonstra um mecanismo de ampliação das liberdades de crianças e adolescentes.

As crianças e adolescentes integrantes do projeto em comento possuem dificuldade de escrever, ler, desenvolver raciocínio, e também empecilhos emocionais por alguns serem órfãos em decorrência dos pais estarem presos ou serem mortos por envolvimento com o tráfico de drogas, prostituição e pela a violência da comunidade.

Com o desafio de propiciar melhores condições de vida para estas crianças e adolescentes, o Projeto Transformação em Arte visa a conscientização das crianças e adolescentes acerca de sua realidade, possibilitando-os questionar que existem oportunidades sociais mais dignas. Neste liame, o projeto atua na prevenção da violência, drogas e prostituição, devido oportunizar as crianças e adolescentes a enxergarem a si mesmos como indivíduos capazes de gerir escolhas melhores que seus pais, integrando-se na sociedade por meio do estudo e do trabalho. Desse modo, a participação e interação com o projeto desperta a cidadania das crianças e adolescentes devido trabalhar sua autoestima e autonomia.

O Projeto Transformação em Arte atende 65 crianças e adolescentes, na faixa etária entre 06 a 15 anos, e desenvolve oficinas de capoeira, música, inclusão digital, dança, percussão com instrumentos confeccionados a partir de materiais reciclados.

No tocante a oficina de inclusão digital, o Projeto Transformação em Arte dispõe de 20 computadores com acesso à internet e uma impressora. Ao aprender informática, as crianças e adolescentes realizam atividades

pedagógicas como escrever um texto, realizar uma pesquisa de determinado assunto na internet, elaborar currículo, etc.

Além disso, o Projeto Transformação em Arte busca integrar seus membros ao mercado de trabalho através de parcerias com empresas privadas, como o Comercial Zaffari, Bourbon, Farmácia São João, e com o Centro de Integração Empresa-Escola – CIEE., sendo que a oficina de inclusão digital os prepara para o mercado de trabalho mediante educação de informática.

Assim, vê-se o Projeto Transformação em Arte como ferramenta de inclusão digital para seus membros porque amplia as capacidades e habilidades para acessar à rede dos indivíduos, desenvolvendo-os para o mercado de trabalho.

Em realidades de desigualdades sociais como as presenciadas pelas crianças e adolescentes participantes do Projeto Transformação em Arte, a pobreza priva os indivíduos do acesso à educação e saúde de qualidade, liberdade civis e políticas. Nos dizeres de Amartya Sen “a pobreza deve ser vista como privação de capacidades básicas em vez de meramente baixo nível de renda, que é o critério tradicional de identificação da pobreza” (SEN. 2010, p. 120)

O escritor explica que as desigualdades sociais (fome, pobreza, privação das liberdades, negligência na busca pela igualdade de gênero) podem ser estabilizadas e estendidas a partir do grau de liberdade que a sociedade dispõe aos seus cidadãos, sendo que as liberdades são fundamentais para o exercício da condição de agente. Nesse sentido:

De fato, a condição de agente dos indivíduos é, em última análise, central para lidar com essas privações. Por outro lado, a condição de agente de cada um é inescapavelmente restrita e limitada pelas oportunidades sociais, políticas e econômicas de que dispomos. Existe uma acentuada complementariedade entre a condição de agente individual e as disposições sociais: é importante o reconhecimento simultâneo da centralidade da liberdade individual e da força das influências sociais sobre o grau e o alcance da liberdade individual. Para combater os problemas que enfrentamos, temos de considerar a liberdade individual um comprometimento social. (SEN. 2010, p. 09-10)

A ampliação da liberdade das crianças e adolescentes se mostra inquestionável mediante a ação social do Projeto Transformação em Arte, por este dispor de oficina de inclusão digital que implicam diretamente no fornecimento e ampliação de liberdades instrumentais: oportunidades sociais e facilidades econômicas.

As oportunidades sociais dispostas em melhores condições de aprendizagem e educação devido o projeto disponibilizar computadores com acesso à internet, além de serem guiados para obter o conhecimento de como acessar a rede e obter conteúdo de qualidade.

Já as facilidades econômicas inferem-se no tocante aos adolescentes ingressam no mercado de trabalho com habilidades de técnicas de informática, já que desenvolvem a escrita, a digitalização, a formatação de documentos, por meio das oficinas de inclusão digital.

Ainda, destaca-se que o contato e interação com tecnologia da informação e comunicação para assistir vídeos, filmes ou séries, e ouvir música, pode também ser utilizado para como mecanismo de ampliação da cultura e da educação para as crianças e adolescentes integrantes do Projeto Transformação em Arte.

Para Nussbaum, a educação atrelada às humanidades e às artes permite o desenvolvimento de competências admiráveis: “a capacidade de pensar criticamente; a capacidade de transcender os compromissos locais e abordar as questões mundiais como um “cidadão do mundo”; e, por fim, a capacidade de imaginar, com simpatia, a situação difícil em que o outro se encontra”. (NUSSBAUM. 2015, p. 8)

Neste viés, pode-se dizer que desenvolver também significa educar com as humanidades e as artes, as quais trazem potencial de desenvolvimento para os países, e este desenvolvimento permite o bem-estar, a democracia, a condição de agente, a participação e engajamento do cidadão na construção de políticas públicas.

Em virtude do mencionado, conclui-se que existem inúmeros desafios impostos em decorrência do surgimento e expansão das tecnologias

da informação e comunicação e acompanhar este movimento é papel de diversos atores sociais. O Projeto Transformação em Arte encaixa-se nesta perspectiva, desenvolvendo crianças e adolescentes por meio do uso adequado do acesso à internet.

3 Considerações finais

Entender que o significado de inclusão digital vai além de estar conectado à internet, referindo-se à qualidade do acesso, os equipamentos tecnológicos utilizados e às competências e habilidades que o indivíduo possui para acessar à internet.

O Projeto Transformação em Arte contribui para o exercício da liberdade de seus beneficiários por meio das liberdades instrumentais de oportunidades sociais e facilidades econômicas. E isto se verifica no processo de inclusão digital ao ofertar oficinas com uso de computadores e acesso à internet, orientações quanto a busca de conteúdo na *web* e a utilização da internet como mecanismo de aprendizagem e desenvolvimento de habilidades para ingressarem no mercado de trabalho e obterem destaque.

Assim, infere-se a relevância do papel social que o Projeto Transformação em Arte desempenha na vida das crianças e adolescentes da comunidade em que se concentra em termos de educação, sociabilidade, ingresso no mercado de trabalho.

Cumpra o alerta de que, mesmo que as crianças e adolescentes desfrutem de condições de vida mais dignas por participarem do Projeto Transformação em Arte, cada indivíduo e a atuação estatal não podem fechar os olhos e, sim, continuar investindo e ampliando as capacidades dos indivíduos para melhorar ainda mais a vida dos integrantes do projeto. Do contrário, há sério risco de repetição do ciclo: poderiam as crianças e adolescentes, integrantes do projeto, vir a ingressar no mundo da criminalidade ou mesmo estarem a fadados a ocupar cargos técnicos, que

não exigem níveis educacionais elevados e visam apenas fomentar o processo de industrialização

Referências

- BRASIL. **Marco Civil da Internet**. Lei n. 12.965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm>. Acesso em: 10 ago. 2019.
- BRASIL. **PEC n. 479-A**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=604551>>. Acesso em: 10 ago. 2019.
- BRASIL. **PEC n. 185/2015**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075915>>. Acesso em: 10 ago. 2019.
- CETIC.COM. **Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos domicílios brasileiros - TIC Domicílios 2017**. Disponível em: <https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/2/tic_dom_2017_livro_eletronico.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2019.
- CASTELLS. Manuel. **A Sociedade em Rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra. 1999.
- LEITE, George Salomão. **Promoção do Direito de Acesso à Internet à Todos os Cidadãos**. In: LEITE, George Salomão. LEMOS, Ricardo. **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.
- NUSSBAUM. Martha C. **Sem fins lucrativos: por que a democracia precisa das humanidades**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.
- PROJETO TRANSFORMAÇÃO. **Projeto Transformação em Arte inaugura sala de informática**. Passo Fundo, 24 maio 2014. Disponível em: <<http://transformacaopassofundo.blogspot.com/2013/05/projeto-transformacao-em-arte-inaugura.html>>. Acesso em: 19 ago. 2019.
- PROJETO TRANSFORMAÇÃO. Disponível em: <http://transformacaopassofundo.blogspot.com/p/transformacao-em-arte.html>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes e Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ZAMBAM, Neuro. **Amartya Sen: liberdade, justiça e desenvolvimento sustentável**. Passo Fundo: IMED, 2012.

A complexa efetivação do direito à atenção básica em saúde no Brasil: paradoxos teóricos e normativos ¹

Lais Dockorn Nunes Pereira ²

Janaína Machado Sturza ³

1 Introdução

O presente projeto objetiva fazer uma análise do direito fundamental social à saúde, em especial às políticas públicas articuladas e fomentadas pelo Ministério da Saúde para garantir e promover o acesso à atenção básica em saúde como parte do direito à saúde. Para tanto, utilizar-se-á o aporte teórico e normativo pós Constituição de 1988, buscando especialmente conhecer as políticas públicas do sistema público de saúde no Brasil. Tal estudo será realizado sob a perspectiva reflexiva das teorias do Direito Fraternal e do Direito Vivo, considerando-se que os direitos sociais são direitos humanos fundamentais no senso jurídico, uma vez que são direitos

¹ Artigo elaborado a partir do projeto de pesquisa “A complexa efetivação do direito à atenção básica em saúde no Brasil: paradoxos teóricos e normativos”, apoiado pelo PIBIC/CNPq, a ser desenvolvido no período de agosto de 2018 à julho de 2021, junto ao Programa de Pós Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos da Unijui/RS.

² Graduanda em Direito pela UNIJUI. Bolsista PIBIC/CNPq do projeto “A complexa efetivação do direito à atenção básica em saúde no Brasil: paradoxos teóricos e normativos”. E-mail:laisdockorn@gmail.com.

³ Pós doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Doutora em Direito pela Escola Internacional de Doutorado em Direito e Economia Tullio Ascarelli, da Universidade de Roma Tre/Itália. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI, lecionando na graduação em Direito e no Programa de Pós Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). E-mail:janasturza@hotmail.com.

que tem como escopo a índole social do ser humano, além de serem exigências que brotam da condição de sermos membros ativos e solidários de um grupo social. Assim, os direitos sociais são, sem dúvida alguma, direitos fundamentais e por esta razão exigem não só o seu cumprimento por parte do Estado, mas também a sua ampla e irrestrita proteção. Logo, na sociedade contemporânea, a saúde pode ser considerada como um bem comum a todos, como um direito fundamental social necessário à manutenção da vida.

2 Dos primórdios à contemporaneidade: o conceito de saúde

Desde os tempos mais remotos até os dias atuais, perpassando por sociedades primitivas e mais desenvolvidas e tradicionais, destaca-se um grandioso interesse nas discussões e tratamento da saúde enquanto direito, posto que

[...] la salute costituisce ormai da tempo uno dei temi più ampiamente discussi dagli studiosi delle scienze giuridiche e sociali, trovandosi contemporaneamente sempre al centro del dibattito istituzionale tra i mutevoli orientamenti politico-ideologici nei confronti dello stato sociale.

Desta forma, em uma tentativa de conceituar o termo saúde, não se pode furtar, obrigatoriamente, de usar como ponto de partida o Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), erigido em 26 de julho de 1946, no qual fica instituído que a “Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou outros agravos,” determinando que “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social,” além de estabelecer que “a saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados,” uma vez que “os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos.”

Neste sentido, em uma visão bastante avançada para a sua época de construção, a OMS expandiu o conceito de saúde historicamente atrelado à prevenção e principalmente à cura, abarcando, essencialmente, a promoção da saúde. Todavia, esse conceito usado pela OMS é amplo e, praticamente, inexequível, já que tem um forte componente de idealização e a importância de associar a saúde à própria defesa da vida em sua plenitude. Assim, a saúde pode ser entendida como um valor universal compartilhado por todos que defendem a vida e o caráter dual da saúde se manifesta no paradoxo de que tanto ela pode ser vista como um valor universal quanto sua realização concreta implica na necessidade de sua politização, para que, além de uma orientação ético-normativa, ela se transforme em uma política pública que amplie a democracia e assegure a universalização do direito à saúde a toda a população.

Ao entender a saúde como um completo estado de bem estar físico, psíquico e social é necessário não obscurecer as continuidades existentes entre as condições de saúde e enfermidade, uma vez que [...] *salute non è solo assenza di malattia, ma stato di completo benessere* – Questa affermazione sintetizza efficacemente l'evoluzione del pensiero moderno che, nel giro di un periodo relativamente breve di tempo, ha progressivamente esteso la propria attenzione, in tema di sanità .

A saúde e a busca incessante por ela é uma realidade que remonta aos primórdios da humanidade, quando então os curandeiros e feiticeiros nas sociedades mais primitivas externavam a sua preocupação com a valorização da vida e com o medo da morte. Assim, desde os tempos mais longínquos sempre existiu uma grande preocupação com a saúde, seja por instituições oficiais que sempre se preocuparam em manter os indivíduos em condições de trabalhar, no sentido de proteção de uma determinada classe social, seja pela reação de procurar alternativas no sentido de preservar a espécie, mesmo que em direção somente das classes mais favorecidas economicamente.

Através dos tempos foi acontecendo, sucessivamente, a chegada da civilização, juntando-se a este processo também a evolução da saúde.

Inicialmente, esta era pensada como uma forma de exterminar todos os males que acometiam e ameaçavam a espécie. Tal sentença pode ser ilustrada quando afirma-se:

É perfeitamente compreensível que a humanidade tenha primeiro pensado a saúde como uma forma de eliminação dos males que afligiam os componentes da espécie. Ao longo do tempo os seres humanos foram invariavelmente acometidos por doenças que ameaçaram a sua sobrevivência. Nos tempos bíblicos, os surtos de lepra, peste e cólera eram a grande preocupação da civilização. Na Índia e na China antigas, foi a varíola. Na antiguidade Grego-Romana, a malária se fez presente. Na Idade Média, ocorreu a “Peste Negra”, onda de peste bubônica que assolou a Europa [...]

Portanto, a saúde e suas acepções perpassam a história da civilização humana, sendo que o primeiro conceito de saúde, ao que tudo indica, pode ser atribuído aos gregos de Esparta, onde o axioma *Mens Sana In Corpore Sano* nada mais é que o ponto culminante da definição do que é ter saúde. Para eles, na verdade, o ser humano ideal era uma criatura equilibrada no corpo e na mente e de proporções definitivamente harmoniosas.

3 O reconhecimento do direito a saúde como direito fundamental após a constituição de 1988

Após o fim da 2ª Guerra Mundial, foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), em 10 de dezembro de 1948, reconhecendo que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, dotados de razão e consciência, devendo agir com espírito de fraternidade. Em 1966, mais dois importantes documentos são adotados e proclamados pela Assembleia das Nações Unidas, formando a Carta Internacional dos Direitos do Homem: o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Econômicos (PIDESC), e o Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP), (ONU, 1966), ambos afirmando que a dignidade é inerente a todos os membros da família humana, e seus direitos são iguais e inalienáveis, constituindo fundamento da liberdade, da justiça e

da paz no Mundo, dando início ao fenômeno da internacionalização e universalização dos direitos humanos (BRASIL, 2002).

Em 1960 teve início a discussão sobre a determinação econômica e social da saúde, buscando superar a aceção do termo saúde centrada no controle da enfermidade. Foi a partir da Conferência da Alma-Ata em 1978, que se definiram os principais aspectos para o desenvolvimento do direito à saúde. Com os ventos trazidos pela redemocratização do país, o 1º Simpósio sobre Política Nacional de Saúde, em 1979, lançou os princípios da Reforma Sanitária inspirados por Alma-Ata. Em 1986, a 8ª Conferência Nacional de Saúde, influenciada pela Carta de Ottawa, firmou o entendimento da necessidade de reformulação mais profunda da saúde, a partir da ampliação de conceito de saúde. Após inúmeros embates, prevaleceu o entendimento que saúde é a “resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde”. Assim, o foco do atendimento à saúde passou a ser o desenvolvimento adequado das condições sanitárias, sociais e econômicas. O produto final era a saúde, mas os meios para atingi-la dependeriam de um conjunto de ações estatais. Para atingir esse objetivo, foi aprovada a formação da Comissão Nacional da Reforma Sanitária, responsável pela elaboração de proposta, norteadas pelo novo conceito de saúde, para subsidiar a Constituinte, o que acabou por resultar na criação do SUS e na aprovação do texto final do artigo 196 da Constituição de 1988.

Destarte, a Constituição de 1988 assegura a todos o direito à saúde, que deverá ser desenvolvido através de políticas públicas garantindo a universalidade e a igualdade no acesso aos serviços de saúde. Esse direito encontra-se intimamente conectado com a cidadania e a dignidade humana, fundamentos do Estado Democrático de Direito conforme artigo 1º, incisos II e III da CF/88, bem como ao projeto constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de desenvolvimento nacional e da erradicação da pobreza e marginalização, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados no artigo 2º, incisos I, II e III da CF/88.

Enquanto os direitos humanos de concepção liberal foram construídos historicamente para conter as ações abusivas do Estado em relação aos indivíduos, configurando um direito de resistência, os direitos econômicos, sociais e culturais, de agora em diante apenas direitos sociais, emergem das tensões sociais vividas a partir do século XIX com a Revolução Industrial, que passou a impor, por exemplo, um regime de trabalho que envolvia crianças, adultos e idosos, indistintamente. Esse ambiente de exploração do trabalho humano reforçou a insatisfação social no decorrer do século XIX, gerando movimentos reivindicatórios de sociedades autônomas, como sindicatos e grupos de apoio, e encontrando grandes barreiras econômicas e políticas. Frankenberg (1997, p. 14) explica:

O Bem-Estar como assistência pública sucumbiu à política do *laissezfaire*. As obrigações da sociedade para com o miserável e desafortunado foram interpretadas como uma ameaça que prejudicava o princípio da concorrência e o funcionamento do Mercado de trabalho. A sociedade de Mercado de concorrentes isolados ofuscou a sociedade dos indivíduos mutuamente responsáveis; ao longo do século XIX o individualismo possessivo, sob o pretexto de liberdade prevaleceu sobre a fraternidade/solidariedade e os direitos sociais.

Diante dessas enormes dificuldades, no final do século XIX, organizações de trabalhadores na Inglaterra, avançaram na ideia de desenvolver autoajuda, com a criação de fundos, baseados em contribuições voluntárias, cujos benefícios seriam pagos nos casos de enfermidades e velhice aos membros, viúvas e órfãos, além de oferecerem serviços funerários e locais para lazer. Mas, foi no início do século XX, que os direitos sociais avançaram, com sua positivação em diversas constituições: Constituição Mexicana de 1917, Constituição de Weimar de 1919, Constituição Espanhola de 1931, Constituição Russa de 1936 e Constituição da Irlanda de 1937. Em relação à positivação nas constituições brasileiras, assinala-se a previsão do direito ao trabalho na Constituição Imperial de 1824 (artigo 179, inciso XXIV) e a omissão a respeito a qualquer direito social na Constituição Republicana de 1891. Foi a partir da Constituição de 1934 que se

consagraram alguns direitos sociais, positivação que se verificou nas Constituições de 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988. A positivação dos direitos sociais antecedeu uma série de eventos ocorridos no pós-guerra. Somente com a execução do relatório pelo Governo Trabalhista que garantiu atendimento médico gratuito no Serviço Nacional de Saúde, concebido para tal, criou novo sistema previdenciário, de educação e habitação e desenvolveu ações para o compromisso de pleno emprego assumido em campanha.

O direito à saúde no Brasil só foi positivado com a Constituição de 1988. Até então, a preocupação do constituinte com a saúde deu-se de forma esparsa, inconsistente, sem vestígio de qualquer sistematização do desenvolvimento da saúde para a nação, ressaltando-se a Constituição de 1969, que estabelece competência originária legislativa sobre saúde para a União, e suplementar para os Estados, bem como competência material para a União desenvolver plano nacional de saúde. Incluído no rol dos direitos sociais do artigo 6º pelo constituinte originário de 1988, vincula-se imediatamente aos dispositivos dos artigos 196 a 200 da Carta, onde encontrou maior concretização normativa, com previsão de vasta legislação infraconstitucional. Trata-se de normas de natureza programática, assim definidas didaticamente por José Afonso da Silva (2001, p. 138):

[...] normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativo, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

As normas que disciplinam o direito à saúde se caracterizam como normas programáticas, ou normas-tarefas, de cunho impositivo, de forma que não há como se negar seu caráter obrigatório, que impõem aos poderes públicos uma série de tarefas para realizar o projeto do constituinte, notadamente dependente de intermediação legislativa. Canotilho (2003, p. 1177) cita três características importantes das normas programáticas:

Vinculação do legislador de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); (2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes toma-las em consideração como directivas materiais permanente, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam.

Além das grandes disposições constitucionais a disciplinar os direitos sociais, e em especial o direito à saúde, os estudiosos do tema apontam uma série de objeções a esses direitos. Limitamos a abordar três delas, as quais são consideradas importantes para a efetividade do direito à saúde e para o que se pretende explicar quanto ao desenho institucional das doenças negligenciadas. A primeira questionada é a possibilidade de o direito à saúde, assim como os direitos sociais, ser incluído legitimamente no rol dos direitos humano. A segunda constitui na objeção aos direitos sociais, atingindo especialmente o direito à saúde. Ressalta que mesmo que se empreendam todos os esforços disponíveis, não será possível realizar todos os direitos sociais para todos os indivíduos, significando dizer que nem todos os cidadãos receberão adequadamente todos os serviços de saúde de que necessitam. Essa crítica se encaminha para a discussão sobre a reserva do possível, crítica financeira formulada a partir de uma norma do PIDESC (artigo 2º, 1), onde ficou consignado progressiva para assegurar o pleno exercício dos direitos reconhecidos no Pacto. Todavia, é esses recursos são insuficientes para atender todas as necessidades de saúde, impondo aos poderes públicos a tarefa de escolher onde investir os escassos recursos disponíveis, já que o orçamento público apresenta-se habitualmente aquém da demanda social (SARLET, 2005).

Desta forma, a saída para aqueles que não têm acesso aos cuidados necessários a sua saúde, como o fornecimento de medicamentos, terapias especializadas e outras medidas, tem sido buscar no Poder Judiciário a solução do problema, apresentando-se a terceira objeção aos direitos sociais, qual seja, a da judicialização excessiva. Sabe-se que a jurisdição é inerte, e que uma vez provocada, não pode deixar de decidir sobre a pretensão do

autor. Por outro lado, o desenho institucional do direito à saúde estabelecido pelo constituinte originário, prescrito a partir do artigo 196 da Constituição de 1988, endereçou a responsabilidade para a realização do direito à saúde ao Poder Executivo, que deverá fazê-lo através de políticas sociais e econômicas.

4 Direito vivo e direito fraterno: princípios gerais

A sociologia do Direito parte da premissa do estudo do Direito Vivo, que de acordo com Eugen Ehrlich, também influenciado pelo movimento do direito livre. A expressão “Direito vivo”, empregada por Ehrlich, denota que o Direito não se encontra nas proposições jurídicas, genéricas, abstratas e sucintas, mas na complexidade, dinâmica, abrangência e particularidade das relações em sociedade. Dessa Forma, Ehrlich (2002, p.109-115) esclarece que:

As relações jurídicas, das quais os códigos tratam, tão incomparavelmente mais ricas, mais variadas, mais cambiantes, como elas nunca foram, que o simples pensamento de esgotá-las em um código seria uma monstruosidade. Querer encerrar todo o direito de um tempo ou de um povo nos parágrafos de um código é tão razoável quanto querer prender uma correnteza numa lagoa.

Pode-se notar que o Direito vivo deve ser investigado por meio da observação e buscado nos documentos modernos, pois o Direito vivo não depende do Estado para surgir e se desenvolver, mas da realidade social. Ele emana da própria sociedade, das organizações sociais, e é a base da ordem jurídica da sociedade humana.

Através do Direito Vivo podemos pensar na teoria do Direto Fraterno, o qual segundo Eligio Resta, a ideia de fraternidade anunciada na Declaração Universal dos Direitos do Homem, evidenciando as várias facetas modernas que escondem o verdadeiro sentido da fraternidade, conforme o autor (Resta, 2002, p.07):

La fraternità illuministica reimmette una certa quota di complessità nel freddo primato del giusto sul buono e cerca, appunto, di alimentare di passioni calde il clima rigido delle relazioni politiche. Ma ha nello stesso tempo bisogno di trasferire il modello dell'amicizia nella dimensione della fraternità, tipica di una condivisione di destini grazie alla nascita e indipendentemente delle differenze. Per questo ha bisogno di trasformarla in codice, di farne regola; con tutti i paradossi, ma anche con tutte le aperture che comporta. Per questo è "diritto fraterno" che si affaccia allora, in epoca illuministica, e vive da quel momento in poi come condizione esclusa, ma non eliminata, accantonata e presente nello stesso tempo.

Dessa forma, vem a ideia de um modelo de direito que abandona os limites fechados da cidadania e projeta para uma nova forma de aplicação do direito como observa Barrata (2006, p.64-65).

[...] Perché solo con un grande sforzo teorico e pratico di tutti, giuristi e non, si può giungere alla costruzione di un nuovo sapere collettivo, del diritto e sul diritto adeguato alla situazione umana del nostro tempo.[...] Nuovi rischi, come quelli ricollegabili alle immissioni nella atmosfera ou nelle acque, alla ingegneria genetica, alla energia nucleare, allo sfruttamento delle risorse naturali, al trattamento delle scorie e dei rifiuti, al traffico, all'uso dei mezzi di comunicazione e di elaborazione dei dati, fanno parte ormai dei connotati strutturali della situazione umana e dell'ecosistema. Essi sono anche il luogo speciale in cui, nell'incontro tra la (riga illegibile), può emergere una nuova forma di pensare e di fare il diritto.

Através dessa aposta apresentada por Barrata, se tem possibilidade do Direito Fraterno, enquanto nova proposta, na qual a construção de um novo saber passa necessariamente por uma visão que ultrapassa, mas não esquece os limites dos juristas e não juristas, os limites da ciência do direito frente às novas demandas que surgem. Podemos perceber que o direito tradicionalmente construído não consegue dar respostas adequadas para novos desafios que envolvem o ser no e para o mundo.

5 Direito à saúde com base no princípio fraterno

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 1º, destaca a fraternidade com o sentido de responsabilidade, pois menciona: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. Porém, este princípio encontra-se no teor do Preâmbulo da Constituição Federal brasileira 1988, que expressa:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Percebe-se que o legislador resgata formalmente, através do texto, o princípio esquecido pela modernidade. Desta forma a carta magna menciona que a sociedade fraterna nada mais é do que uma sociedade sem preconceitos e pluralista. É neste sentido que a saúde se alicerça no direito fraterno, como menciona Eligio Resta (2002, p. 51):

A saúde sempre foi tema em destaque em qualquer sociedade e em qualquer período. Atualmente, as discussões têm tomado novas dimensões, já que vivemos em uma sociedade complexa, num mundo globalizado, na era da inclusão universal. A era dos direitos não coincide com o acesso a estes direitos; por isso, os mais diversos sistemas sociais devem constantemente responder a demandas de complexidade crescente. O sistema do direito, que por muito tempo ficou distante do sistema de saúde, passa a ter uma função importante na efetivação do direito fundamental à saúde. Assim, o direito, como afirma Resta, não pode mais estar ligado aos confins do próprio estado, mas precisa ultrapassar os limites geográficos e políticos para que efetivamente tenhamos uma dimensão fraterna no convívio social.

Nesta seara, o direito fraterno revela-se como uma peça fundamental para se aproximar do acesso à saúde, buscando uma efetivação dos direitos fundamentais. Compreende nessa perspectiva que “[...] o Direito Fraterno prima pela análise transdisciplinar dos fenômenos sociais. A transdisciplinariedade significa, antes de tudo, transgredir e, ao mesmo tempo, integrar [...]” (Resta, 2006, p. 7-51). Desse modo, a partir do entendimento de Lafayette Pozzoli (2011, p. 287) entende que o Direito Fraterno seria:

Uma modalidade do direito que ainda não está consolidado como paradigma e/ou teoria, mas como abordagem. Abordagem esta que propõe uma nova forma de análise do direito atual, mas do que isto, propõe uma reestruturação de todas as políticas públicas que pretendam uma inclusão universal. Todo o pensamento apresentado pelo autor Resta tem um grande valor científico, e o é, na nossa percepção, uma abordagem científica do e para o direito atual. Assim, dentro dessa nova abordagem, necessita-se de uma análise transdisciplinar dos fenômenos sociais. A transdisciplinariedade significa antes de tudo, transgredir e, ao mesmo tempo, integrar. Transgredir, no sentido de buscar, nas diversas ciências, os fundamentos e os pressupostos para captar, conforme Weber, o sentido subjetivo das ações sociais e, portanto, das ações jurídicas. Integrar no sentido de que é preciso analisar o contexto do todo e não em partes separadas.

Destarte, as políticas relacionadas à saúde pública não devem esquecer-se desse do princípio fraternal. Pois o direito fraterno caminha em direção aos Direitos Humanos e, especialmente, percorre essa direção com a real necessidade de sua universalização, como mencionado por Sandra Regina Martini Vial (2013, n. 5):

Vislumbra-se que o Direito Fraterno está no âmbito dos temas referentes aos Direitos Humanos e da necessidade de sua universalização. Estes se destinam a todo e qualquer ser humano, não porque pertença a um ou outro território, siga este ou aquela cultura ou, ainda, tenha uma descendência determinada, mas tão somente porque tem humanidade. É um direito que tem como fundamento a humanidade, o “ter humanidade”, uma humanidade repleta de diferenças compartilhadas e de uma comunhão de juramentos, de compromissos, de responsabilidade.

Vale ressaltar a presença de um constitucionalismo fraternal, sendo que grande parte da história do Direito Constitucional segue contida de fases, ou seja, primeiramente veio o Estado de Direito, logo, entrou em destaque o Estado Democrático de Direito, a partir desse apareceu o Estado de Direito Democrático e, hoje, vem à tona o Estado Holístico, ou melhor, o Estado de Funcionalidade Fraternal.

Dessa forma em torno da efetivação do ideário constitucionalista deve-se refletir sobre discursos da abstração, pois a fraternidade abrange uma ação pautada pelo reconhecimento do outro, e é este reconhecimento do outro que impõe a origem de condições institucionais que viabilizem os direitos fundamentais. O constitucionalismo fraternal busca ampliar os sujeitos responsáveis pela concretização dos direitos fundamentais, sem diminuir a responsabilidade dos Poderes Públicos.

6 O direito à saúde e a importância de políticas públicas

A criação de políticas públicas voltadas a saúde é o meio mais adequado para a realização do direito à saúde. Conforme indicado no artigo 196 da Carta Constitucional, a implementação de políticas públicas é fundamental para reduzir o risco de doença, focando nas ações preventivas e no atendimento básico de saúde, bem como no acesso universal igualitário, o que aponta para um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, o de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. (artigo 3º, inciso III da Constituição de 1988). Essas disposições normativas encontram-se em harmonia com o Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, ao enunciar que “Saúde é o completo estado de bem-estar físico, mental e social e não a mera ausência de doença ou enfermidade” e que “Governos têm responsabilidade para com a saúde dos seus povos, que podem ser satisfeitas somente pela prestação de saúde adequada e medidas sociais” (OMS/WHO, 2004).

Como já mencionado os direitos humanos para a saúde incorpora outros aspectos que devem ser desenvolvidos junto à saúde. Desta maneira, as políticas públicas de saúde, não se realizam pontualmente, isoladamente, mas sim constituem um processo dinâmico e integrado que envolve moradia, trabalho, educação e investimento, contribuindo para o desenvolvimento do país.

Nesse contexto, as políticas públicas conheceram grande impulso a partir da inclusão dos direitos sociais na agenda constitucional e dos inúmeros organismos internacionais que se dedicam a esses direitos (ZIMMERMANN, 2006, p.144-159), constituindo-se em instrumentos realizadores das tarefas governamentais. As políticas públicas têm de significar, antes de tudo, a reafirmação e consolidação de uma cultura de direitos humanos no Brasil, e isso, sem dúvida, passa pela construção e implantação de políticas que envolvam a participação de diversos atores sociais. Por um lado o Estado deve assumir a responsabilidade de integrar as políticas de saúde às políticas sociais e econômicas, engajando-se na promoção da melhoria das condições de vida mais digna e o pleno exercício da cidadania (CAMPOS; BARROS; CASTRO, 2004, p. 746-747).

A inclusão de diversos atores sociais como, usuários, profissionais da saúde, empresas, representantes de organizações civis como, protagonistas no processo produtivo da saúde, torna a promoção da saúde importante resposta à medida que destaca ações intersetoriais como estratégia de enfrentamento dos problemas quanto ao meio ambiente, à urbanização, à segurança alimentar e nutricional, ao desemprego, à moradia, ao uso de drogas ilícitas, etc.

As questões de saúde pública também passaram a fazer parte da esfera privada de atores sociais até então indiferentes a esses problemas, entendidos por eles como de responsabilidade e exclusiva do Estado. Essa preocupação foi externada pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), do Ministério da Saúde (MS) e do Conselho Nacional da Saúde (CNS), no documento Inclusão dos Cidadãos na Implementação das Políticas de Saúde de 2012. A parceria firmada entre a OPAS e o CNS fortaleceu

a participação e controle social no âmbito do SUS. Os laboratórios de Inovação, que representam “uma estratégia para promover e valorizar o desenvolvimento da gestão em saúde, aí incluído o processo de participação e controle pela sociedade” (Ministério da Saúde, 2009), pois são atividades de cooperação técnica que se destacam. Nesse sentido as políticas de saúde, vem se desenvolvendo cada vez mais rápido em decorrência da ampliação do conceito de saúde, que passou a ser compreendido como um Fenômeno político, que em um ambiente de liberdade evidencia as necessidades em saúde.

Contudo podemos perceber que o direito à saúde desenvolvido no ambiente do Estado do bem estar social, por meio de normas programáticas, ou normas-tarefas, que exigem do Estado o desenvolvimento de diversas atividades, não se realiza sozinho. Pois são essas normas que caracterizam a constituição programática, aquela que define um plano de ação para o Estado, legitimando, portanto sua ação social. Como já mencionado o Direito à Saúde e sua efetivação é conquista recente no constitucionalismo, a qual procurou superar algumas deficiências da normatização constitucional.

7 Atenção básica em saúde

A Política Nacional de Atenção Básica (PNAB) é resultado da experiência acumulada pelo conjunto de fatores (movimentos sociais, usuários, trabalhadores e gestores das três esferas de governo) envolvidos historicamente com o desenvolvimento e a consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS). No Brasil, a Atenção Básica é desenvolvida com o mais alto grau de descentralização e capilaridade, ocorrendo no local mais próximo da vida das pessoas. Ela deve ser o contato preferencial dos usuários, a principal porta de entrada e centro de comunicação com toda a Rede de Atenção à Saúde. Por isso, é fundamental que ela se oriente pelos princípios da universalidade, da acessibilidade, do vínculo, da continuidade do

cuidado, da integralidade da atenção, da responsabilização, da humanização, da equidade e da participação social (Ministério da Saúde, 2009).

A atenção básica é caracterizada por um conjunto de ações de saúde, no âmbito individual e coletivo, que abrange a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação, a redução de danos e a manutenção da saúde com o objetivo de desenvolver uma atenção integral que impacte na situação de saúde e autonomia das pessoas e nos determinantes e condicionantes de saúde das coletividades (Ministério da Saúde, 2009).

É desenvolvida com fundamentos em várias diretrizes que por meio do exercício de práticas de cuidado e gestão, democráticas e participativas, sob forma de trabalho em equipe, dirigidas a populações de territórios definidos assumindo responsabilidade sanitária, considerando a dinamicidade existente no território em que vivem essas populações. Dessa forma são utilizadas tecnologias complexas e variadas que devem auxiliar as demandas e necessidades de saúde de maior frequência e relevância em seu território, observando critérios de risco, vulnerabilidade, resiliência e o imperativo ético de que toda demanda, necessidade de saúde ou sofrimento devem ser acolhidos.

Conforme o SUS, a organização de Redes de Atenção à Saúde (RAS) tem como estratégia o cuidado integral direcionado para as necessidades de saúde da população. As RAS constituem-se em arranjos organizativos formados por ações e serviços de saúde com diferentes configurações tecnológicas e missões assistenciais, articulados de forma complementar e com base territorial (Brasil, Ministério da Saúde, 1990). O Decreto nº 7.508, de 28 de julho de 2011, que regulamenta a Lei nº 8.080/90, define que “o acesso universal, igualitário e ordenado às ações e serviços de saúde se inicia pelas portas de entrada do SUS e se completa na rede regionalizada e hierarquizada”. Nesse sentido, a atenção básica deve cumprir algumas funções para contribuir com o funcionamento das Redes de Atenção à Saúde, conforme estabelece o Ministério da Saúde (2011):

- I - Ser base: ser a modalidade de atenção e de serviço de saúde com o mais elevado grau de descentralização e capilaridade, cuja participação no cuidado se faz sempre necessária;
- II - Ser resolutive: identificar riscos, necessidades e demandas de saúde, utilizando e articulando diferentes tecnologias de cuidado individual e coletivo, por meio de uma clínica ampliada capaz de construir vínculos positivos e intervenções clínica e sanitária- MINISTÉRIO DA SAÚDE Secretaria de Atenção à Saúde Departamento de Atenção Básica 26 mentes efetivas, na perspectiva de ampliação dos graus de autonomia dos indivíduos e grupos sociais;
- III - Coordenar o cuidado: elaborar, acompanhar e gerir projetos terapêuticos singulares, bem como acompanhar e organizar o fluxo dos usuários entre os pontos de atenção das RAS. Atuando como o centro de comunicação entre os diversos pontos de atenção, responsabilizando-se pelo cuidado dos usuários por meio de uma relação horizontal, contínua e integrada, com o objetivo de produzir a gestão compartilhada da atenção integral. Articulando também as outras estruturas das redes de saúde e intersetoriais, públicas, comunitárias e sociais. Para isso, é necessário incorporar ferramentas e dispositivos de gestão do cuidado, tais como: gestão das listas de espera (encaminhamentos para consultas especializadas, procedimentos e exames), prontuário eletrônico em rede, protocolos de atenção organizados sob a lógica de linhas de cuidado, discussão e análise de casos traçadores, eventos- -sentinela e incidentes críticos, entre outros. As práticas de regulação realizadas na atenção básica devem ser articuladas com os processos regulatórios realizados em outros espaços da rede, de modo a permitir, ao mesmo tempo, a qualidade da microrregulação realizada pelos profissionais da atenção básica e o acesso a outros pontos de atenção nas condições e no tempo adequado, com equidade; e
- IV - Ordenar as redes: reconhecer as necessidades de saúde da população sob sua responsabilidade, organizando-as em relação aos outros pontos de atenção, contribuindo para que a programação dos serviços de saúde parta das necessidades de saúde dos usuários.

Destarte, conclui-se que o Estado tem a obrigação de garantir aos cidadãos programas de atenção básica principalmente relacionada a saúde. Esses mecanismos devem ser cuidadosamente efetivados em todas as regiões do país, sem qualquer discriminação, pois o objetivo é fornecer o serviço mais adequado para suprir as necessidades dos usuários desse sistema público.

Considerações finais

Diante do que foi exposto nesse estudo, podemos perceber que no tempo modernos, o caminho rumo à efetividade das normas programáticas está devidamente assentado, não restando qualquer dúvida sobre seu papel na imposição de tarefas ao Estado no sentido de realizar as expectativas da sociedade, em especial, do direito à saúde, por meio do desenvolvimento de políticas públicas. Essas políticas públicas de saúde são projetos elaborados pelo Poder Público, com o auxílio de entes públicos e privados, com o objetivo de preservar o direito à saúde. O Sistema Único de Saúde é uma política pública de saúde, com princípios compatíveis aos descritos na Constituição Federal de 1988, podemos dizer até que tratam-se de “subprincípios”, uma vez que estão inseridos nos princípios estabelecidos na Constituição Federal.

Desta forma, as teorias do direito vivo juntamente com o direito fraterno são essenciais para a preservação dos direitos sociais considerando que são direitos fundamentais. Essas teorias são o alicerce para a criação das políticas públicas de direito a saúde.

Referências

- BARATTA, Alessandro. Nomos e Tecne. Materiali per una cultura pos-modernadeldiritto. In: MELOSSI, Dario (org.) **Studi sulla questione criminale**. Bologna: CarocciSpa, 2006.
- BRASIL. **Constituição da República do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. 44^a edição, Coleção Saraiva, 2010.
- BRASIL. Lei n.º 8.142 de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do **Sistema Único de Saúde – SUS** e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília: Ministério da Saúde, 1990.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. **As Conferências Nacionais de Saúde: evolução e perspectivas**. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

- CAMPOS, G. W.; **BARROS, R. B. DE; CASTRO, A. M. DE.** Avaliação de política nacional de promoção da saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 9, n. 3, p. 746-747, 2004.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Alysson et al. **Políticas públicas.** Belo Horizonte: Ed. UFMG, Proex, 2002.
- CARVALHO, Maria C.; TEIXEIRA, Ana C. (org.) **Conselhos gestores de políticas públicas.** São Paulo: Pólis, 2000.
- EHRlich, Eugen. **O estudo do Direito Vivo.** In: FALCÃO, J.; SOUTO, C. (Org.). *Sociologia e Direito*. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson, 2002. p.109-115.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. **As Conferências Nacionais de Saúde:** evolução e perspectivas. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE **Secretaria de Atenção à Saúde Departamento de Atenção Básica,** 2011.
- .OMS. **Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde:** Declaração de Alma-Ata, 1978. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2004.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).** 10 dez. 1948.
- ONU. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** 1966 a.
- POZZOLI, Lafayette; HURTADO, André Watanabe. O **princípio da fraternidade na prática jurídica.** *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 27, p. 287, jan/2011.
- RESTA, Eligio. **Il Diritto fraterno.** Bari, Laterza. 2002, p. 7-51.
- SARLET, I. W. **A Eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2005.
- SILVA, J. A. DA. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 5a ed. São Paulo, Brasil: Malheiros, 2001.

VIAL, Sandra Regina Martini; WÜNSCH, Marina Sanches. **Direito, saúde e o pressuposto da fraternidade na sociedade contemporânea**. RIDB, 2013, n. 5.

ZIMMERMANN, C. R. **Os programas sociais sob a ótica dos direitos humanos**: o caso do Bolsa Família do governo Lula no Brasil. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 3, n. 4, p. 144-159, 2006.

O feminismo na teoria da justiça de Nancy Fraser

*Laura Dalmolin Vanzin*¹

*Marcio Renan Hamel*²

Introdução

As teorias políticas estão inclinadas a compreender que todos os indivíduos devem receber o mesmo tratamento, entretanto, ao proceder um retorno às suas bases históricas é possível identificar que muitas das doutrinas que ainda exercem grande influência sobre as práticas políticas atuais assentiam com a discriminação sexual ao negligenciar as necessidades e experiências femininas. Entre elas está o liberalismo clássico, responsável por estabelecer o compromisso com a separação do poder público, na figura do Estado, das relações privadas da sociedade civil sob a justificativa da criação de uma esfera protegida onde os sujeitos seriam capazes de conviver e se desenvolver livremente (KYMLICKA, 2006, p. 320).

Por conseguinte, os teóricos liberais (e até mesmo seus oponentes marxistas) não adentraram suas investigações nas relações familiares, ainda que ali poderiam efetivar princípios de justiça e igualdade, visto que representaria um rompimento com a tradição liberal de divisão entre as vidas pública e privada. Diante de um universo liberal construído sobre as

¹ Acadêmica do curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Passo Fundo, UPF. Aluna pesquisadora do Projeto *Reconhecimento e Tolerância em Sociedades Multiculturais*. Bolsista PIBIC/CNPq. Contato: 173232@upf.br.

² Pós-Doutor em Direito pela URI/Santo Ângelo-RS. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Uff-RJ. Professor do PPGDireito e da Faculdade de Direito UPF. Coordenador do Projeto de Pesquisa *Reconhecimento e Tolerância em Sociedades Multiculturais*. Contato: marcio@upf.br.

visões e expectativas masculinas de homens adultos, inexistia a preocupação em assegurar que os princípios de justiça estivessem presentes no seio da vida doméstica e na divisão sexual do trabalho, ambientes dos quais os beneficiavam; como justificativa, desenvolveu-se uma racionalidade de inferiorização das características femininas para naturalizar as condições de subordinação manifestadas.

O desenvolvimento das democracias liberais nas décadas subsequentes serviu para fortalecer as políticas antidiscriminação com o objetivo de garantir às mulheres o mesmo acesso aos serviços comuns, bem como a ampliação dos direitos sociais, políticos, culturais, sexuais e reprodutivos. Todavia, tais estatutos não foram suficientes para combater a segregação sexual e promover a igualdade entre os sexos, conservando os ciclos de subordinação e desigualdade presentes no cotidiano feminino.

Em meio a esses fatos, a tradição política se organiza sob dois eixos: as teorias de justiça fundadas na redistribuição, onde há ênfase da distribuição igualitária de recursos, reorganização da força trabalhista e alocação adequada das riquezas e bens disponíveis na sociedade; e as fundadas no reconhecimento, apoiadas num projeto orientado à harmonia entre as diferenças e à preservação das identidades culturais, étnicas e sexuais, em que a justiça e a igualdade não mais se fundam em processos de assimilação de culturas e normas dominantes. Tais abordagens possuem linhagens filosóficas distintas, visto que as teorias centradas na redistribuição protagonizam o campo das teorias de justiça há mais de 150 anos, enquanto as baseadas nas políticas de reconhecimento tiveram destaque recente, essencialmente a partir da década de 1960 com a ascendência dos movimentos identitários, surgidos sob a influência das noções (neo)liberais.

No presente, as relações entre as demandas por reconhecimento e redistribuição são contrastantes, visto que tanto as reivindicações como as teorizações políticas costumam tratá-las de forma polarizada, situação que exemplifica um fenômeno mais amplo: a separação entre política cultural (multiculturalismo) e política social, a política da diferença e a política da

igualdade (FRASER, 2007, p. 102), feito que ainda não ofereceu à práxis política soluções eficientes aos dilemas da vida em sociedade, sobretudo acerca das desigualdades de gênero.

Diante desse contexto marcado por antagonismos e instabilidades, este artigo busca examinar como Nancy Fraser, filósofa contemporânea vinculada à Teoria Crítica e ativista pela justiça de gênero, busca resolver esse impasse, ao tempo em que tem como objetivos reconhecer os fundamentos que sustentam sua teoria de justiça, identificar como analisa o movimento feminista e averiguar a posição do feminismo na conjuntura política freseana.

1 A teoria de justiça de Nancy Fraser

Ao analisar o cenário geral da filosofia política, Nancy Fraser (2006a; 2006b; 2007b) percebe que a presente polarização entre políticas culturais, ligadas à esfera do reconhecimento, e políticas distributivas, vinculadas à ideia de redistribuição, não resolve a problemática da injustiça, pois afastadas são insuficientes para promover a materialização dos princípios de justiça. Nesse sentido, a construção da sua teoria se sustenta a partir da união entre redistribuição, reconhecimento e, posteriormente, representação; apenas a integração dos três elementos irá fornecer instrumentos capazes de promover o ideal emancipatório apto a extirpar as injustiças. Para tanto, a autora assume o compromisso de “elaborar um conceito amplo de justiça que consiga acomodar tanto as reivindicações defensáveis de igualdade social quanto as reivindicações defensáveis de reconhecimento da diferença” (FRASER, 2007, p. 103).

Elaborar uma teoria política que integre as duas demandas não é uma tarefa fácil, pois envolve discussões sobre ética e moralidade, justiça e boa vida, certo e bem, cujos significados filosóficos são muitas vezes contrastantes. Grande parte dos filósofos atuais alia a justiça distributiva com a moralidade kantiana e o reconhecimento com a ética hegeliana, na primeira estrutura os princípios de justiça são tidos como universais e

absolutos, pois vinculam condutas e impõem comportamentos independentemente dos valores vigentes; as reivindicações pelo reconhecimento, a seu turno, são mais restritas por demandar de avaliações sobre os padrões históricos de estima e valor que orientam determinadas práticas culturais, identidades, personalidades e características, nem sempre universalizados.

Os teóricos liberais e os políticos de direita costumam priorizar a justiça distributiva, na qual a justiça é interpretada como problemática de equidade, assim, buscam eliminar as disparidades e reorganizar as oportunidades através da redistribuição de bens e serviços através do exame aos critérios sociais de bem, a fim de instituírem princípios de equidade que consistem, basicamente, na promoção das condições essenciais ao desenvolvimento humano. Desse modo, muitos filósofos deontológicos (filosofia moral contemporânea) acreditam que a justiça redistributiva já é capaz de exaurir as reivindicações da moralidade política, fazendo com que renunciem as teorias de reconhecimento.

Opostamente, os teóricos do reconhecimento assumem que as políticas de redistribuição não são suficientes para atenderem as demandas vinculadas à primeira esfera, assim, as teorias permanecem afastadas e excludentes, visto que, além de uma negar o potencial emancipatório da outra, os teóricos acreditam que as reivindicações são contrastantes e não podem ser combinadas. A redistribuição, portanto, acaba por ser vinculado ao campo da moralidade e o reconhecimento, por ensejar a apreciação dos valores envolvidos nas práticas, identidades e elementos culturais, parece pertencer ao campo da ética.

1.1 O reconhecimento fundado no modelo de status

A partir da incompatibilidade demonstrada, Nancy Fraser inaugura o desafio de conciliá-las ao afirmar ser possível integrar as políticas de reconhecimento, redistribuição e representação sem adentrar numa

“insensatez filosófica” (FRASER, 2009) através da construção de uma política do reconhecimento não fixada à ética, mas como meio de combate às injustiças dentro de uma ampla compreensão de justiça, capaz de abranger também as reivindicações por reconhecimento e representação.

Para que sua estratégia seja efetivada, Nancy (FRASER, 2006a e 2007b) busca transformar a compreensão de reconhecimento a fim de afastá-lo da singularidade das políticas de identidade cultural, isto é, pretende desvincular o reconhecimento do modelo de identidade. Na forma identitária, o reconhecimento é tido como a valorização e o respeito pelas características específicas do grupo e o não reconhecimento (desrespeito), por sua vez, consiste na depreciação da identidade coletiva pelos grupos e culturas dominantes. As tentativas de reparar esses danos ocorrem por meio das reivindicações por reconhecimento, as quais exigem que os membros do grupo menosprezado se unam a fim de fortalecer sua identidade cultural através da construção de uma cultura auto afirmativa, portanto, as políticas de reconhecimento são transformadas em políticas de identidade.

Grande parte da tradição filosófica segue essa postura e conceitua o reconhecimento como uma questão ética, desse modo discorrem tanto Axel Honneth como Charles Taylor, filósofos contemporâneos que mais se debruçam sobre a temática. Para eles, o reconhecimento é fundamental para a construção da subjetividade dos indivíduos, de modo que sua negação constitui uma privação às condições essenciais para o desenvolvimento humano, sendo nocivo à autonomia; o reconhecimento das características culturais e pessoais não é caracterizado como simples agrado ao sujeito, mas como uma necessidade vital. De acordo com Honneth (HONNETH, 1992, p. 188-189 apud FRASER, 2007, p. 111), a integridade pessoal é dependente do reconhecimento, de modo que sua negação interfere na visão positiva que o sujeito atribui a si mesmo.

Oposta aos autores, Fraser (2007b) busca conceituar o reconhecimento como uma questão de justiça pertencente à moral. Longe de analisar os danos subjetivos do desrespeito, a autora propõe que o não reconhecimento deva ser abordado como uma injustiça enfrentada por indivíduos e grupos,

que os priva da condição de participar como membro integral da vida em sociedade devido à institucionalização de padrões culturais desiguais, cujo processo de criação não foi integrado pelos sujeitos não reconhecidos. “Deve-se dizer, então, que o não reconhecimento é errado porque constitui uma forma de subordinação institucionalizada – e, portanto, uma séria violação da justiça” (FRASER, 2007, p. 112).

Ademais, o reconhecimento baseado na identidade é problemático, visto que, ao determinar o não reconhecimento como uma falta de estima, respeito ou valorização pelas características específicas do grupo, ou seja, como um dano à identidade e à autoconsciência, se “ênfatiza a estrutura psíquica em detrimento das instituições sociais e da interação social. Assim, ele arrisca substituir a mudança social por formas intrusas de engenharia da consciência” (FRASER, 2007, p. 106). Na tentativa de efetivar o reconhecimento, o modelo identitário incentiva a construção de uma identidade original e encorajada; essa política auto afirmativa muitas vezes pode acarretar na imposição de comportamentos e traços simplistas que não observam a complexidade e nem respeitam a individualidade dos diversos membros que pertencem ao grupo, o que tende a obscurecer as disputas e demandas por poder, representação e reconhecimento no seio dos próprios grupos sociais, reforçando as estruturas internas de dominação.

Por esses motivos, Fraser pretende oferecer uma definição alternativa de reconhecimento: em vez aliá-lo à identidade pretende tratá-lo como um problema de status social, qualificado como “modelo de status” (FRASER, 2006b e 2007), cujas demandas por reconhecimento advém da “condição dos membros do grupo como parceiros integrais na interação social” (FRASER, 2007, p. 107). Para o modelo de status, o não reconhecimento surge quando estruturas e instituições sociais são orientadas por padrões culturais que impedem que haja paridade participativa entre os membros. Nesses casos, as interações sociais são reguladas por padrões de valoração cultural que distinguem os indivíduos entre os ideais (normativos) e os inferiores; como resultado, a alguns indivíduos são negadas as condições para participar da integralidade da vida social com equivalência

de oportunidades com outros cidadãos, cujo reconhecimento lhes é conferido. Portanto,

entender o reconhecimento como uma questão de *status* significa examinar os padrões institucionalizados de valoração cultural em função de seus efeitos sobre a posição relativa dos atores sociais. Se e quando tais padrões constituem os atores como *parceiros*, capazes de participar como iguais, com os outros membros, na vida social, aí nós podemos falar de *reconhecimento recíproco e igualdade de status*. Quando, ao contrário, os padrões institucionalizados de valoração cultural constituem alguns atores como inferiores, excluídos, completamente “os outros” ou simplesmente invisíveis, ou seja, como menos do que parceiros integrais na interação social, então nós podemos falar de *não reconhecimento e subordinação de status* (FRASER, 2007, p. 108, grifos do autor).

Através da alegação de que os padrões institucionalizados de valoração cultural são os elementos que promovem as injustiças, traduzidas pela subordinação, o modelo de status tem o objetivo de desinstitucionalizar as estruturas que corroboram com a desigualdade participativa, enquanto as substitui por padrões que a promovam. A abordagem de status busca evitar os problemas apresentados no modelo de identidade, pois conserva a multiplicidade de identidades contida no grupo social, mantém a responsabilidade pelo reconhecimento sobre as interações sociais e também promove a valorização da dinâmica transcultural. O elemento central que os difere, portanto, é o feito de acomodar o reconhecimento afastado da esfera da ética; ao entendê-lo como meio à paridade participativa, o integra à esfera da moral (deontologia), o que permite a posterior associação às demandas redistributivas e representativas.

1.2 A inclusão das pretensões redistributivas e representativas

Ao conceituar o reconhecimento como elemento pertencente à problemática da justiça, passa a interagir com a redistribuição e a representação, tríade capaz de normatizar os princípios de justiça nas instâncias culturais, econômicas e políticas, respectivamente. Com efeito,

ficou demonstrado durante a trajetória da filosofia política que sequer as teorias de justiça distributiva, nem mesmo as teorias de justiça baseadas no reconhecimento conseguem, sozinhas, resolver genuinamente as injustiças; isso significa que, embora uma teoria possa adentrar às questões relevantes à esfera oposta, os problemas ainda que integrados são distintos e, assim, exigem tratamentos diferenciados.

Os teóricos distributivistas costumam conceituar o reconhecimento e a problemática do status de forma reducionista, isto é, essencialmente sob os vieses jurídico e econômico, pois alegam que a distribuição igualitária de bens e recursos já é capaz de atravancar o não reconhecimento. Entretanto, “nem toda ausência de reconhecimento é um resultado secundário da má distribuição ou da má distribuição agregada à discriminação legal” (FRASER, 2007, p. 116), mas da institucionalização de padrões culturais degradantes e excludentes. O mesmo problema é observado nas teorias de justiça centradas no reconhecimento, cujos problemas de redistribuição são tratados como decorrentes do não reconhecimento de indivíduos ou grupos, nesses casos, a redistribuição é reduzida ao ordenamento cultural da sociedade ocidental, o qual define os papéis sociais e a distribuição do trabalho conforme critérios de estima, de modo que a transformação dos padrões culturais torna-se necessária para resolver o problema da má distribuição de riqueza.

Ao observar as teorias de justiça até então, é possível afirmar que nem os teóricos do reconhecimento nem os estudiosos da redistribuição ofereceram soluções satisfatórias à tentativa de subsumir as demandas de uma esfera à outra. Dessa forma, ao contrário de insistir nessa cisão, Fraser (2006a) propõe a construção de uma noção ampliada de justiça que contorne tanto as demandas por reconhecimento quanto as demandas por redistribuição, de forma interdependente e não reducionista: “A minha concepção trata distribuição e reconhecimento como distintas perspectivas sobre, e dimensões da justiça. Sem reduzir uma perspectiva à outra, ela encampa ambas as dimensões dentro de um modelo mais abrangente e inclusivo” (FRASER, 2007, p. 118).

O “centro normativo” dessa teoria de justiça é a compreensão de paridade participativa. Segundo essa norma, a justiça exige arranjos sociais que permitam que os indivíduos se encontrem em posição de igualdade para participar com completude na vida social, permitindo que interajam entre si como parceiros; paridade carrega o sentido de estar em igualdade de posição com os outros sujeitos, de partir do mesmo ponto.

Nesse sistema duas são as condições para que a paridade participativa possa ser efetivada: a chamada condição objetiva para a paridade participativa, expressada pela distribuição de recursos materiais de modo a garantir a igualdade e a independência dos cidadãos ante os mecanismos institucionalizados que sustentam a privação, as desigualdades, a dependência e a exploração, que por fim obstam a participação em igualdade de condições; e a condição intersubjetiva, expressada pelo tratamento e respeito equânime a ser conferido aos cidadãos através dos padrões institucionalizados de valores culturais que os assegurem a mesma oportunidade de alcançar a estima social, ante a exclusão de padrões valorativos que depreciem identidades e características pessoais, o que promove o tolhimento da paridade participativa e a subordinação.

As condições objetivas atentam as questões relacionadas com as demandas tradicionais por redistribuição, a estrutura econômica e de distribuição de trabalho capitalista e as desigualdades entre classes; já as condições intersubjetivas estão atentas às reivindicações recentes da filosofia contemporânea, ligadas ao reconhecimento, ao ordenamento e à hierarquia de padrões culturais. Ambas são indispensáveis para a realização da paridade participativa, sendo insuficientes se consideradas isoladamente, logo, uma teoria de justiça adequada e, sobretudo, compatível com a realidade da prática política, das estruturas econômicas vigentes e da hierarquia de valores imperativos, para seja concretizada deve ser capaz de abranger tanto as demandas por reconhecimento como as demandas por redistribuição, sem que uma exclua ou seja reduzida à outra.

Esse dualismo axiológico (FRASER, 2006b) é transformado em uma análise tridimensional da justiça quando se incorpora ao binômio redistribuição-reconhecimento o elemento da representação (FRASER, 2007a), haja vista que a luta contra as anomalias sociopolíticas deve ser compreendida para além das causas comuns de injustiça, quais sejam o não reconhecimento (desrespeito) e a má distribuição (desigualdade), visto que a dimensão da representação também é responsável pela promoção de condições de justiça ou, na falta dela, injustiças. Nesse sentido, a representação é conceituada como a paridade participativa no campo político, o que não significa meramente a atuação igualitária, direta ou indireta, de todos os cidadãos nas assembleias e demais esferas de discussão pública, mas a possibilidade de que as necessidades e exigências individuais ou de grupos sejam elevadas à esfera pública e lá estejam presentes.

O arranjo teórico apresentado, portanto, por proclamar como critério nuclear das demandas e políticas de justiça o elemento moral da paridade participativa, viabiliza instrumentos aptos a promover a integração de políticas de reconhecimento, redistribuição e representação, o que possibilita a criação de políticas que correspondam de forma integral às reivindicações contemporâneas por reconhecimento e multiculturalidade, bem como às reivindicações seculares pela redistribuição igualitária dos recursos. Em suma, apenas ao agregar as demandas por reconhecimento, redistribuição e representação é que se torna possível atingir as amplas exigências por justiça estendidas ao maior número de indivíduos, sem que se outras disparidades sejam tonificadas.

2 Fraser e o movimento feminista

Para identificar o projeto feminista atual e antever o possível projeto futuro, Fraser (2007, p. 291) intenta investigar as noções de justiça e igualdade de gênero a partir da segunda onda feminista juntamente com as transformações socioeconômicas que desencadearam diversas mudanças no cenário político e, por conseguinte, refletiram nas atividades do movimento.

Ao analisar a história do movimento feminista ante as transformações da sociedade pós-comunista, a autora constrói um diagnóstico sobre como o movimento, com todas as suas vertentes e ramificações, deve sustentar as práticas de combate à sujeição de gênero aplicando, para tanto, a sua teoria de justiça aliada ao imaginário feminista.

Com esse propósito, perfaz a trajetória do movimento feminista de forma distinta à produção acadêmica majoritária, pois Fraser (2007a) interpreta a dinâmica feminista de forma abrangente, através do exame externo aos cenários político, jurídico, econômico e cultural que circundam sua atuação, enquanto a comunidade acadêmica tradicional costuma explorar a performance feminista sob a perspectiva interna do grupo. É fundamental asseverar que a teoria feminista não é una, de sorte que há vasta diversidade de pautas e reivindicações e grande influência das políticas regionais, no entanto, é o “compromisso de eliminar a subordinação das mulheres [o elemento que] unifica as diversas correntes da teoria feminista” (JAGGAR, 1983, p. 5 apud KYMLIKCA, 2006, p. 303), que voltam a se diferir na forma como abordam, concluem e solucionam o tema.

Desse modo, Nancy Fraser (2007a e 2009) reconstrói a história da segunda onda feminista a dividindo em três fases, cada qual relacionada com a atuação do feminismo diante das estruturas capitalistas, para que, a partir de sua fragmentação, consiga integrar num único raciocínio os instrumentos mais eficazes das teorias feministas junto aos pontos mais exitosos das teorias críticas do capitalismo. O primeiro ponto é denominado de “capitalismo organizado pelo Estado” (FRASER, 2009), contexto em que ocorre a gênese da segunda onda feminista cuja organização se se sucede a partir das influências da Nova Esquerda anti-imperialista, com o objetivo de contrapor o androcentrismo que fluía sob as sociedades capitalistas no pós-guerra. A segunda fase refere-se ao período em que o projeto feminista interage com a ascensão das políticas neoliberais e se vincula aos novos movimentos sociais surgidos a partir da década de 1960, cujas demandas eram essencialmente culturais e identitárias. Por fim, a terceira e última fase se refere à projeção do movimento feminista frente

a um instável contexto sociopolítico que impõe novos desafios à luta contra as desigualdades de gênero.

2.1 A segunda onda feminista: um objeto de análise

Dos estudos destinados à segunda onda do movimento feminista, Fraser (2009, p. 13) entende que o período foi efetivo em produzir mudanças culturais, porém não obteve o mesmo êxito sobre as instituições sociais, isto é, as reivindicações feministas foram amplamente disseminadas no entendimento popular, todavia, não foram satisfatórias no campo prático, visto que sintomas graves da segregação sexual insistem em persistir. A segunda onda integrou as instâncias econômicas, culturais e políticas na intenção de combater um sistema multifacetado de injustiças de gênero, no entanto, devido às tramas da história, a crítica feminista passou a se fragmentar, atenuando a crítica ao capitalismo e, por consequência, permitindo que as demandas feministas então debilitadas fossem utilizadas para fortalecer um projeto político-econômico que legitimava a incorporação de um capitalismo agressivo e transnacional, chamado de neoliberalismo.

A segunda onda surgiu como reação ao período em que os países capitalistas nortistas viviam os logros da prosperidade socioeconômica pós-Segunda Guerra Mundial, no qual os Estados possuíam papel ativo e crucial de condução das economias nacionais. Aplicando a teoria econômica Keynesiana, tais Estados alcançaram a estabilidade e o desenvolvimento econômico de modo a garantir emprego para grande parte dos cidadãos masculinos, assim, as questões estruturais foram sendo remediadas por novas políticas redistributivas, de modo que a injustiça social figurava na distribuição econômica injusta (desigualdade de classe). Todavia, a instituição do Estado de bem-estar social foi responsável por absorver os movimentos trabalhistas, sustentar-se sob os pilares da exploração neocolonial e conservar grosseiras desigualdades raciais e sexuais. Nesse

sentido, embora as condições econômicas fossem favoráveis, houve a manutenção da subordinação feminina ao serem negligenciadas as injustiças que se constituíam de maneira interdependente ao fator socioeconômico.

Essas políticas de controle à estrutura capitalista caracterizavam o cidadão como homem, branco, trabalhador e chefe de família, o qual possuía o dever de servir de fonte principal e exclusiva do sustento do lar, ao passo em que as mulheres possuíam papéis secundários. Tal configuração foi fundamental para definir normas de gênero e, diante da supremacia masculina, canalizar as necessidades femininas para a esfera privada, assim, as compreensões androcêntricas de família foram normatizadas juntamente com a naturalização da subordinação sexual, afastada do campo político (FRASER, 2009, p. 16).

Com efeito, a segunda onda feminista se opôs à noção distributiva de justiça e, ao expor sua omissão ante aos demais ambientes discriminatórios, suscitou a politização dos espaços domésticos e pessoais, resultando na exteriorização de novos e complexos centros de injustiças (FRASER, 2009, p. 18). Ao ampliar os eixos e formas de injustiça, as feministas identificaram no gênero esferas de privilégios e desigualdades, de modo que além de pautar suas demandas sobre a discriminação sexual, passaram a aliar a luta feminista às várias dimensões de injustiça que recaem sobre as mulheres, como as posições de classe, raça, orientação sexual e nacionalidade, a fim de promover uma noção interseccional de justiça e, ao mesmo tempo, ampliar o campo de ação das políticas afirmativas. Desse modo, foi alargado

efetivamente o conceito de injustiça para abranger não apenas as desigualdades econômicas, mas também as hierarquias de status e assimetrias do poder político. Com o benefício da visão retrospectiva, podemos dizer que elas substituíram uma visão de justiça monista, economicista por uma compreensão tridimensional mais ampla, abrangendo economia, cultura e política (FRASER, 2009, p. 18).

O resultado esse novo entendimento foi a noção de que as injustiças que recaem sobre corpos e mentes femininos são sistêmicas, multifacetadas

e envoltas por vários personagens. De acordo com Fraser (2009, p. 18), a melhor análise a ser abordada diante desse cenário é aquela que recai sobre a “sociedade capitalista organizada pelo Estado de forma androcêntrica, estruturada por três ordens inter-relacionadas de subordinação: (má) distribuição, (falta de) reconhecimento e (falta de) representação”. A partir dessa nova compreensão das injustiças, as diversas faces da teoria feminista, salvo o feminismo liberal, firmaram o compromisso de superar a subordinação e impor seu ideal emancipatório através de mudanças radicais nas instituições que sustentam a sociedade capitalista.

Em suma, a segunda onda do feminismo aderiu a um projeto político transformador, baseado em um entendimento expandido de injustiça e na crítica sistêmica da sociedade capitalista. As correntes mais avançadas do movimento viram as suas lutas como multidimensionais, voltadas simultaneamente contra a exploração econômica, hierarquia de status e sujeição política. Para elas, ademais, o feminismo surgiu como parte de um projeto emancipatório mais amplo, no qual as lutas contra injustiças de gênero estavam necessariamente ligadas a lutas contra o racismo, o imperialismo, a homofobia e a dominação de classes, todas as quais exigiam uma transformação das estruturas profundas da sociedade capitalista (FRASER, 2009, p. 21-22).

Desse modo, a segunda onda inicialmente ascendeu como um desafio às estruturas sociais do mundo pós-Segunda Guerra que concentravam suas políticas na resolução de problemas econômicos e de classe, momento em que é impulsionada pela eclosão da Nova Esquerda (*New Left*), organização afastada do ativismo voltado às questões trabalhistas consagrado pela esquerda tradicional, para se voltar ao ativismo social, abrangendo problemáticas supra divisão de classe e apropriação dos meios de produção, mais ligadas às políticas culturais.

Ao abordar diferentes formas de subordinação, o repertório feminista exige que a instância pessoal seja envolta pela vida política, visto que as mulheres eram mantidas confinadas no ambiente doméstico, privado de autonomia. Contudo, as demandas defendidas pela Nova Esquerda não obtiveram êxito e a tentativa de se afastar das questões economicistas

influenciou na promoção de “um novo imaginário político que colocou questões culturais em primeiro plano” (FRASER, 2007, p. 293); influenciado por um contexto político orientado à preservação e ao respeito à identidade cultural, o feminismo tornou-se uma política de reconhecimento.

Portanto, a ênfase em políticas culturais se mostrou necessária diante do contexto pós-guerra dos anos 1960, em que o escopo da prosperidade econômica não atingira as mulheres, entretanto, serviam para acentuar um ambiente que futuramente se orientaria contra os próprios ideais de igualdade de gênero, isto é

[...] as mudanças culturais impulsionadas pela segunda onda, saudáveis em si próprias, serviram para legitimar uma transformação estrutural da sociedade capitalista que avança diretamente contra as visões feministas de uma sociedade justa (FRASER, 2009, p. 14).

As demandas dos grupos sociais, inclusive os feministas, passaram a ser caracterizadas como políticas de reconhecimento da identidade e da diferença; em face da conversão das demandas de redistribuição para demandas de reconhecimento, a segunda onda foi estimulada a se conduzir como um movimento progressista identitário, isto é, a priorizar a crítica aos padrões culturais enquanto secundariza a importância da crítica às estruturas econômicas. Nesse entendimento, na prática política “a tendência era subordinar as lutas sócio-econômicas a lutas para o reconhecimento, enquanto na academia, a teoria cultural feminista começou a obscurecer a teoria social feminista” (FRASER, 2009, p. 23).

Desse modo, a crítica ao economicismo perdeu vez para o culturalismo liberal, logo, a segunda onda substituiu completamente um paradigma de justiça por outro, ambos insuficientes, ao invés de ampliá-los. Inesperadamente, a afloração das políticas identitárias surgiu em conjunto das políticas neoliberais, entendidas como a doutrina político-econômica capitalista que se utiliza do mercado, propriamente do poder do capital, para domesticar as estruturas sociopolíticas vigentes (FRASER,

2009, p. 22) e, por se organizar de forma descentralizada, com hierarquias mais flexíveis e fluidas, contentaram os interesses feministas.

Embora este pareça ser um contexto fértil à concretização dos princípios emancipatórios feministas, estes acabaram sendo ressignificados, de modo que as únicas demandas que subsistiram foram aquelas cuja crítica se afastou das estruturas capitalistas. Separadas da crítica ao capitalismo, as demandas feministas se tornaram um campo atrativo para o pensamento neoliberal; isso engessou as reivindicações na esfera do reconhecimento, a qual interpreta a subordinação como um produto cultural-hierárquico e não econômico-estrutural, permitindo com que a atuação do livre-mercado fosse ainda mais agressiva. Dessa forma, focada nas políticas de identidade, a teoria feminista se afastou das pautas econômicas no momento em que o cenário político carecia a implantação de políticas redistributivas.

Característica crucial do neoliberalismo, a consolidação de um contexto globalizado discutivelmente trouxe certos benefícios ao movimento feminista, visto que a abertura das fronteiras permitiu que se aliasse a outros movimentos críticos para contemplar as injustiças transfronteiriças até então negligenciadas. Usando das novas tecnologias para criar redes transnacionais, as feministas conseguiram atingir desigualdades gerais, causadas por agentes além-fronteiras, como também conferir visibilidade às injustiças locais; segundo a autora “o resultado foi uma nova forma promissora de ativismo feminista: transnacional, de múltipla escala, pós-Westfaliana” (FRASER, 2009, p. 27).

Porém, a transnacionalidade também gerou certos percalços, uma vez que as campanhas internacionais atentam majoritariamente aos aspectos identitários da mulher, enquanto ignoram aspectos redistributivos como a pobreza feminina, ademais, tais abordagens intensificaram a presença de ONGs como protagonistas da luta feminista, o que tende a despolitizar os grupos locais e não profissionais. Dessa forma, ante a desconstituição das fronteiras, o feminismo portou-se de forma ambígua, ora aproveitou da geopolítica transnacional para elevar as suas demandas ao

nível global e atuar contra as injustiças de caráter supranacional, como a luta pelos direitos da mulher migrante e refugiada, ora elitizou a representação do movimento.

3 Considerações finais

Por todos os fatos apresentados, não se deve associar prematuramente o reconhecimento à ética como vem ocorrendo ao longo da história da teoria política-filosófica, pois o raciocínio ético da justiça não é íntegro, visto que possibilita a preservação e institucionalização de padrões que conservam a disparidade participativa. A preferência por esta abordagem impede que as reivindicações de reconhecimento e redistribuição possam ser associadas, engendrando teorias de justiça deficientes por não atingirem com suficiência todas as reivindicações sustentadas na contemporaneidade.

O emprego do modelo de status ao reconhecimento ampliou o alcance das teorias de justiça tradicionais e admitiu o tratamento moral às questões aparentemente éticas, sem que de fato haja a necessidade de se recorrer àquela esfera problemática. Outrossim, com a adoção da concepção moral de reconhecimento, a exclusão das demandas redistributivas ante as demandas por reconhecimento e vice-versa perde significado, visto que ambas podem ser integradas e agregadas à instância representativa.

O mesmo problema é verificado no seio do movimento feminista, que ora pende suas reivindicações à esfera redistributiva ora à esfera do reconhecimento. Nancy Fraser, no entanto, busca resistir a essa tendência através da construção de uma teoria de justiça ampla e abrangente, que permita que a segregação sexual seja interpretada na esfera redistributiva, seio das desigualdades e da dependência econômica, no campo do reconhecimento, seio do desrespeito e menosprezo pelas características e atividades vinculadas ao feminino, e no âmbito da representação, onde as demandas femininas são inviabilizadas e não materializadas pela carência da atuação feminina no plano político.

Portanto, a teoria tridimensional de Nancy Fraser é suficientemente ampla para amparar todas as reivindicações feministas, sem que sejam novamente fragmentadas e relapsas no tocante às injustiças latentes e multifacetadas. Para tanto, é necessário que se alie aos demais movimentos progressistas mundiais, para que juntos possam lutar pela concretização de uma democracia transnacional, capaz de abarcar as necessidades não representadas no plano regional e retificar as injustiças em todas as suas dimensões, não somente em respeito ao gênero. Ademais, para que o movimento positivo os ideais emancipatórios da segunda onda, deve se manter afastado das políticas neoliberais que só será possível se reaver as críticas ao sistema capitalista, responsável de igual modo pela segregação feminina.

Assim, o feminismo atual, como um movimento social de luta contra a subordinação, deve se sustentar sobre pilares mais amplos e democráticos, isto é, deve abranger outras demandas que não somente as tradicionais reivindicações liberais de liberdade e emancipação e passar a abranger mais mulheres. Portanto, é possível perceber que a autora identifica que o movimento feminista deve estar unido ao propósito da sua teoria de justiça, já que somente a cumulação, em uma única estrutura, de demandas redistributivas, representativas e de reconhecimento é capaz de materializar genuinamente os princípios de justiça, visto que ambas promovem a participação feminina em posição de igualdade em todas as esferas da vida social.

Referências

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era "pós-socialista". **Cadernos de Campo**, São Paulo, n. 14/15, p. 231-239, 2006a. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/50109/54229>>. Acesso em 05 de outubro de 2019.

_____. Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 15, n. 2, p. 294-308, maio./ago. 2007a. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24327678?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em 07 de outubro de 2019.

_____. O feminismo, o capitalismo e a astúcia da história. **Mediações**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 11-33, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/4505>>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **¿Redistribución o reconocimiento?:** um debate político-filosófico. Madrid: Ediciones Morata, 2006b.

_____. Reconhecimento sem ética?. **Lua Nova**, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007b. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So102-64452007000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 jun. 2019.

KYMLICKA, Will. **O feminismo**. In: _____. Filosofia política contemporânea: uma interpretação. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Direitos humanos e dignidade na abordagem jornalística sobre o suicídio

*Laura Degliuomini Lanzarin Venite Vieira*¹

*Vera Lucia Spacil Raddatz*²

Introdução

O estudo do suicídio como pauta jornalística é tema recentemente desenvolvido na área da comunicação. Há muitas divergências no procedimento que cada meio de comunicação adota para noticiar o tema. Este artigo discute a abordagem jornalística em casos de suicídio, relacionando o jornalismo com os direitos humanos e à preservação da vida. Muitos meios de comunicação posicionam-se contra o noticiamento, enquanto outros noticiam sem um padrão definido.

Uma pesquisa foi realizada por meio de clipagem dos jornais Noroeste e Gazeta Regional, de Santa Rosa, em agosto de 2019, mês que antecede a campanha Setembro Amarelo. O objetivo foi analisar se os jornais seguem as recomendações da Organização Mundial de Saúde – OMS e da Associação Brasileira de Psiquiatria – ABP quanto ao trato das informações. O manual “Prevenção do Suicídio: Um manual para profissionais da mídia” da OMS e a cartilha “Comportamento Suicida: Conhecer para Prevenir” da ABP foram utilizadas como norteadores da análise.

¹ Acadêmica de Jornalismo na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ

² Prof^ª do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e dos Cursos de Jornalismo e Publicidade e Propaganda da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ; Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Governança e Democracia, CNPq.

Relação entre jornalismo e direitos humanos

O direito de informar e ser informado é um direito fundamental previsto na Constituição Brasileira de 1988, tendo em vista um conjunto de liberdades concernentes a uma visão universalista dos direitos humanos, considerando que a informação contribui para o conhecimento dos demais direitos do cidadão, para que ele possa tomar decisões e contribuir para a sociedade. Por isso, a ética e o respeito aos direitos humanos devem ser compromisso do jornalista. O direito à comunicação e à liberdade de expressão são direitos igualmente relacionados aos direitos humanos e quando estes dizem respeito à manutenção da vida tornam-se ainda mais relevantes. Entende-se assim, que o exercício dos direitos humanos é essencial e saudável na prática jornalística, que deve estar comprometida com o bem-estar, a ética e a vida, especialmente no trato de informações relacionadas a casos de suicídio, tema deste texto.

Se por um lado o Estado deve ser o protagonista de políticas de prevenção ao suicídio com enfoque nos direitos humanos, por outro, o jornalismo precisa adotar em sua atividade uma postura que contribua para o respeito ao ser humano, seja ele um paciente de risco, em tratamento ou uma vítima de suicídio. Neste aspecto, o direito à informação anda lado a lado com o direito à privacidade, a não discriminação do paciente e a preservação da vida, de modo a valorizar o ser humano integralmente.

O jornalismo pode ser um campo mediador na sociedade para a humanização do tema do suicídio, por isso, além de o jornalista conhecer técnicas indicadas para o trato deste tipo de informação, também é importante que haja a preocupação de inserir o tema de modo mais profundo, tratando-o na forma de debate e reportagens que abordem a amplitude da questão, sem sensacionalismo, curiosidade ou preconceito. Noticiar práticas de suicídio não é o mesmo que noticiar homicídio, tratado como crime, embora ambos lidam com o tema da morte, envolvendo a dor da perda de

um ente querido. O jornalismo que contribui para a cultura dos direitos humanos vai além da noticiabilidade porque é consciente do fato de que chamar a atenção para o problema do alto índice de suicídios não é suficiente. O tema é também uma questão de saúde pública e deve ser tratado como tal, de modo a inibir a criação de estigmas ou qualquer tipo de discriminação com pacientes de risco que se automutilarem ou em casos de consumação do suicídio.

A perspectiva dos direitos humanos em relação ao suicídio envolve uma tríade: profissionais de saúde, mediação jornalística e sociedade. Quanto aos primeiros, a questão que se apresenta é no que diz respeito à conduta destes em relação aos seus pacientes e familiares, que deve primar por um tratamento humano e não discriminatório ou estigmatizado. Já o jornalismo precisa utilizar-se das estruturas dos meios de comunicação e da sensibilização de seus profissionais para tratar o tema de forma mediada e humanizada com o terceiro elemento da tríade, a sociedade. O objetivo é, portanto, criar mecanismos para enfrentar situações degradantes ou desumanas em casos relacionados a suicídio. A sustentação desta tríade é a dignidade humana, base também de todo ordenamento jurídico, definida por Sarlet (2004, p.84):

A dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.

Os direitos humanos são para todas as pessoas e o mais caro deles é o direito à vida que de alguma forma situa-se na relação com o direito à saúde, com assistência digna e proteção no decurso da existência do cidadão. O direito à saúde e qualidade de vida é direito da pessoa humana, ou como se refere Norberto Bobbio, direito do homem, previsto em lei, garantido pelo Estado, mas que necessitam de vigilância quanto a sua proteção:

O problema fundamental em relação aos direitos do homem não é tanto de justificá-los, mas de protegê-los (...) Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 1992, p. 24-25).

Assim, ainda há um caminho sério a percorrer no que diz respeito às garantias dos direitos humanos e da dignidade humana, principalmente em situações em que a pessoa se encontra frágil e vulnerável, como aquela que tenta o suicídio.

O suicídio

A morte autoprovocada é o fenômeno que chamamos de suicídio. A sua ocorrência é observada em todas as culturas, com diferentes motivações e manifestações. Para tratar desse estudo, utilizamos o conceito de suicídio do sociólogo Durkheim (2000, p.14), em que “chama-se suicídio todo caso de morte que resulta direta ou indiretamente de um ato, positivo ou negativo, realizado pela própria vítima e que ela saiba que produziria esse resultado”. Dessa forma, o suicida é o indivíduo que deliberadamente escolhe a morte à vida. Ao mesmo tempo, isso não significa uma aversão à vida, e sim, ao sofrimento de existir, como afirma Rigo (2013, p.31): “O suicídio, como costume defini-lo, é uma manifestação humana, uma forma de lidar com o sofrimento, uma saída para livrar-se da dor de existir”.

Segundo a Organização Mundial de Saúde - OMS (2014), mais de 800 mil pessoas morrem por suicídio a cada ano em todo o mundo, o que equivale a uma morte a cada 40 segundos. Esse fenômeno é a segunda maior causa de morte entre jovens de 15 até 29 anos. Além disso, para cada suicídio de um adulto, estima-se que houveram outras 20 tentativas. E, mesmo sendo números alarmantes, não há um controle exato dessas ocorrências. Por exemplo, no Brasil, os índices são calculados pelo Sistema de

Mortalidade do Ministério da Saúde, sendo que muitos dos casos não são categorizados como tal pelos médicos legistas.

Para o trabalho de prevenção de suicídios, existem informações concretas no que diz respeito aos fatores de risco identificados, que auxiliam na compreensão do fenômeno. A Associação Brasileira de Psiquiatria - ABP (2009) discorre que:

Os transtornos mentais mais comumente associados ao suicídio são: depressão, transtorno do humor bipolar, dependência de álcool e de outras drogas psicoativas. Esquizofrenia e certas características de personalidade também são importantes fatores de risco. A situação de risco é agravada quando mais do que uma dessas condições combinam-se, como por exemplo depressão e alcoolismo; ou ainda, a coexistência de depressão, ansiedade e agitação (ABP, 2009, p. 12).

Esses são fatores de risco servem como alerta para os profissionais da saúde. O diagnóstico e tratamento desses fatores podem auxiliar o indivíduo a reencontrar motivos para seguir sua vida. Defendendo a prevenção de suicídios, Werlang chama a atenção para um trabalho conjunto da comunidade em prol da vida:

O comportamento suicida pode ser prevenido e, para isso, um bom planejamento e a criação de programas envolvendo diversos profissionais qualificados para tal fim são necessários. A comunidade, evidentemente, deve ser trabalhada conjuntamente. Não só podemos trabalhar com os profissionais que estão no posto de saúde, mas também com os voluntários que desenvolvem algum tipo de trabalho nos bairros, com igrejas, organizações não governamentais (ONGs) (WERLANG, 2013, p. 28).

Logo, os jornalistas também estão incluídos nesse trabalho comunitário necessário para a conscientização dos fatores de risco e prevenção de atos suicidas. O trabalho deve ser feito em conjunto com os profissionais de saúde e comunidade em geral. Notícias de suicídios são encontrados frequentemente em páginas de jornal, na televisão e rádio, e também nas mídias digitais, sendo essencial que a abordagem jornalística seja apropriada e ética.

Jornalismo e suicídio: responsabilidade social

O estudo do suicídio como pauta jornalística é tema recentemente desenvolvido na área da comunicação. Há muitas divergências no procedimento que cada meio de comunicação adota para noticiar o tema. Muitos meios de comunicação brasileiros, inclusive, possuem como diretriz a não divulgação de casos de suicídio, para evitar o contágio. Porém, como reflete Grandó (2010), não é uma norma estabelecida e por isso há também aqueles que julgam apropriada a notícia, mesmo sem reflexão sobre a temática:

Existe uma convenção profissional extra-oficial, uma espécie de acordo entre cavalheiros, que determina: suicídios não serão noticiados pela grande imprensa. Ninguém sabe exatamente quando foi que este acordo foi selado, nem precisamente por que. O fato é que ele existe, mas aos poucos e discretamente tem sido descumprido: notícias sobre suicídios são publicadas, sim (GRANDÓ, 2010, *online*).

Enquanto alguns jornalistas noticiam, outros silenciam. Sem um padrão de procedência, a atividade do jornalismo com relação aos suicídios pode tomar proporções negativas no que diz respeito à colaboração com os profissionais de saúde na conscientização e prevenção do tema. É importante que haja reflexão para que o caráter do jornalismo como atividade de bem comum seja mantido.

Muitos veículos de comunicação optam por não divulgar o ato suicida, postura bem diferente da que é dada para outras violências, como homicídios, por exemplo. Por trás desse cuidado há a noção de que a veiculação inapropriada de casos de suicídio poderia ser chocante, como também estimular o ato em pessoas vulneráveis, numa espécie de “contágio” (ABP, 2009, p. 4).

Por mais que exista esse receio de incitar mais suicídios, a temática possui caráter de grande interesse público pelos índices crescentes de ocorrências. Também não existem estudos comprovados de que o silêncio

dos meios de comunicação diminua a quantidade desse fenômeno. Essa questão é discutida por Durkheim (2000, p. 160):

Alguns autores, atribuindo à imitação um poder que ela não tem, solicitaram que fosse proibida a reprodução dos suicídios e dos crimes nos jornais. É possível que essa proibição consiga reduzir em algumas unidades o montante anual desses diferentes atos. Mas é muito duvidoso que ela possa modificar sua taxa social. A intensidade da propensão coletiva permaneceria a mesma, pois o estado moral dos grupos nem por isso se modificaria. [...] Na realidade, o que pode contribuir para o desenvolvimento do suicídio ou do assassinio não é o fato de se falar nisso, é a maneira pela qual se fala.

O silêncio dos meios de comunicação não minimiza a comoção social de uma ocorrência suicida ou diminui seu índice. Com o uso em larga escala da comunicação *online* pelas mídias sociais, os próprios usuários repassam informações sendo muitas vezes imprecisos. O Artigo 7º do Código de Ética dos jornalistas brasileiros (2007), afirma que “O compromisso fundamental do jornalista é com a verdade dos fatos [...] e a sua *correta divulgação*” (grifo do autor). Dessa forma, não basta discutirmos apenas sobre noticiar ou não suicídios, mas sim como trabalhar com este tipo de notícia, pois é vital a importância do jornalismo para a formação da opinião pública e a dos jornais como fonte de informação confiável.

Diretrizes para o noticiamento de suicídio

Com o objetivo de orientar os profissionais da comunicação, em 2000, a Organização Mundial de Saúde - OMS lançou o manual “Prevenção do Suicídio: Um manual para profissionais da mídia” como parte do SUPRE (*Suicide Prevention Program*), a iniciativa mundial para a prevenção do suicídio que iniciou em 1999. A OMS defende que “a disseminação apropriada da informação e o aumento da conscientização são elementos essenciais para o sucesso de programas de prevenção do suicídio” (2000, p. 2).

Os jornalistas têm papel fundamental em campanhas de valorização à vida e conscientização sobre doenças mentais. A OMS reconhece esse papel ao elaborar recomendações para minimizar os erros e repercussões negativas da abordagem do suicídio em meios de comunicação. A organização afirma que “a maneira como os meios de comunicação tratam casos públicos de suicídio pode influenciar a ocorrência de outros suicídios” (2000, p. 3).

Por isso, a OMS indica que ênfases negativas não devem ser utilizadas nas matérias. “Expressões como “epidemia de suicídio” e “o lugar com a mais alta taxa de suicídio do mundo” devem ser evitadas”, afirma OMS (2000, p.7). Abordagens desse tipo podem gerar pânico na população e também transmitem uma conotação de certa normalidade para as ocorrências, podendo incentivar outros casos.

Insinuações de culpabilidade social sobre os suicídios também não são recomendadas para a abordagem jornalística. “Deve-se abandonar teses que explicam o comportamento suicida como uma resposta às mudanças culturais ou à degradação da sociedade”, defende a OMS (2000, p. 7). Por mais que alguma pesquisa aponte para a relação entre alguma tecnologia e o suicídio, deve-se evitar generalizar o suicídio como resultado de um fator externo. A Organização explica que “ele nunca é o resultado de um evento ou fator único. Normalmente sua causa é uma interação complexa de vários fatores” (2000, p. 8).

Por isso, é necessário muito cuidado ao citar circunstâncias vividas pelo suicida. Outras pessoas em situação de vulnerabilidade podem familiarizar-se com o caso e não ver outra solução além do suicídio. Ainda em complemento à questão da motivação suicida, a OMS explica que “o suicídio não deve ser mostrado como um método de lidar com problemas pessoais como falência financeira, reprovação em algum exame ou curso ou abuso sexual” (2000, p. 8). Dessa forma, não cabe ao jornalista conjecturar se foi o trabalho, o divórcio ou outra situação que levou o indivíduo a escolher a morte.

Outro aspecto que a OMS ressalta é que “devem ser evitadas descrições detalhadas do método usado e de como ele foi obtido” (2000, p. 7). Algumas notícias podem servir como manual e inspiração para possíveis suicidas. O ideal é citar o óbito sem detalhamento da forma utilizada para aquele determinado caso.

Além disso, a ilustração de notícias do gênero não é recomendada. A OMS indica à mídia “não publicar fotografias do falecido ou cartas suicidas” (2000, p. 9). Essa diretriz relaciona-se principalmente com o respeito ao luto de familiares e conhecidos do indivíduo que faleceu. É importante não ferir sua memória e expor a família.

Por fim, o manual explica os itens importantes a serem noticiados (2000, p.9), em decorrência dos que não devem ser abordados, que foram explicados acima neste tópico. Os jornalistas devem incluir em suas matérias sobre suicídio: serviços de saúde mental disponíveis, juntamente com telefones e endereços de contato onde se possa obter ajuda (devidamente atualizados); listas com os sinais de alerta de comportamento suicida; esclarecimentos sobre a relação entre o comportamento suicida e a depressão; e demonstrações de empatia ao luto dos sobreviventes (familiares e amigos da pessoa que se suicidou).

Com o mesmo objetivo de conscientizar os profissionais de comunicação, a Associação Brasileira de Psiquiatria - ABP lançou a cartilha “Comportamento Suicida: Conhecer para Prevenir” em 2009. A ABP afirma que “o papel da imprensa é fundamental nesse mutirão em defesa da vida” (2009, p.3). A associação também foi responsável por trazer ao Brasil a campanha internacional Setembro Amarelo, no qual ações são realizadas com objetivo de prevenir o suicídio e afirma ser essencial apurar o histórico mental do suicida, suas motivações e demonstrar possíveis saídas. A associação também ressalta a importância do jornalismo responsável para auxiliar no processo de luto dos familiares:

Há vários registros mostrando que, dependendo do foco dado a uma reportagem, pode haver aumento no número de casos de suicídio ou, ao contrário, pode-se prestar ajuda a pessoas que se encontram sob risco de suicídio ou

mesmo enlutadas pela perda de um ente querido que pôs fim à vida. (ABP, 2009, p.4).

Para que as matérias tenham o resultado positivo ou o negativo a associação apresenta algumas diretrizes. Ao montar a matéria, a ABP recomenda que o jornalista “ponha-se no lugar do outro” (2009, p.5):

Dos que enfrentam o luto por alguém que se matou, aproximadamente 7% da população a cada ano. Dos que estão vulneráveis, pensando em tirar a própria vida. Considere a inclusão de algumas sugestões deste manual, como por exemplo colocar na matéria de que maneira o suicídio pode ser evitado. (ABP, 2009, p.5).

A partir dessa recomendação, outros itens específicos são descritos para que a abordagem seja sensível e responsável com relação à preservação da vida. Não utilizar termos como “epidemia” é um deles. “O termo não estará corretamente empregado e o intuito de dar ênfase parecerá alarmismo”, segundo a ABP (2009, p. 9).

Outros termos que devem ser evitados, segundo a ABP:

Evitar termos valorativos, como por exemplo: no lugar de “cometeu” suicídio, utilizar “infelizmente, interrompeu a sua vida”; em vez de “tentou o suicídio sem sucesso”, usar “felizmente, não conseguiu realizar o ato” ou, ainda, “felizmente, continua viva”; evitar termos generalizantes, como por exemplo “os suicidas”, ao referir-se a pessoas falecidas por suicídio, trocando por “as pessoas que morreram por suicídio”. (ABP, 2009, p. 16).

Além disso, o termo suicídio deve ser evitado em chamadas e manchetes. Segundo a associação, é “melhor incluí-la no corpo do texto” (2009, p. 16), em casos de matérias impressas. Dessa forma, o leitor que apenas lê títulos não terá uma impressão errada sem ler o texto todo. Sobre a linguagem do texto, a ABP sugere:

Quando o suicídio for notícia (e esse critério varia entre os órgãos de imprensa) sugere-se reportagem discreta, cuidadosa com parentes e amigos enlutados, sem detalhismo exagerado do método suicida, notadamente

quando o falecido era celebridade ou pessoa muito estimada localmente. Acredita-se que carregar a reportagem de tensão, por meio de descrições e imagens de amigos e de familiares impactados, acabe por encorajar algumas pessoas mais vulneráveis a tomarem o suicídio como forma de chamar a atenção ou de retaliação contra outros. (ABP, 2009, p. 15)

Além do cuidado com uma linguagem pesada e exagero em detalhes da vida pessoal da pessoa que se suicidou, a ABP recomenda (2000, p.16) que não seja detalhado o método letal, nem a foto do local ou do falecido. E ressalta que “a família sempre deve ser consultada e sua vontade levada em conta”. (2009, p. 16).

Porém, sobre o contato com a família, a associação alerta sobre a dificuldade de aceitação dos enlutados e tendência de conjecturar possíveis motivações suicidas. “Pessoas sob o impacto do suicídio estão à procura de uma causa para o ocorrido e podem, nas entrevistas, transmitir sua teoria”, normalmente culpando algo ou alguém (ABP, 2009, p. 16). Por isso, a recomendação é “cautela com os depoimentos e explicações de primeira hora” (2009, p.12).

Por seguinte, a recomendação é evitar a colocação de matéria em primeira página. Além disso, usar muitas estatísticas no corpo da matéria “só colabora para o aumento das taxas de suicídio”. A ABP afirma que “o ideal é enfatizar em pessoas que enfrentaram problemas sem suicidarem, focando na superação de problemas”. (2009, p. 16).

Outra sugestão importante da cartilha da ABP é entrevistar profissionais de saúde mental “para que a questão seja retratada de forma menos individualista”. O profissional poderá esclarecer dúvidas e explicar sobre sinais de alerta e como ajudar familiares e amigos com transtornos mentais. Também “é muito útil a inclusão na reportagem de um quadro contendo as principais características de determinado transtorno mental, as possibilidades de tratamento eficaz”. (ABP, 2009, p. 12).

Sobre as fontes de informações confiáveis, a ABP recomenda principalmente a Organização Mundial da Saúde - OMS, que disponibiliza

estatística de vários países e manuais para diversos profissionais, o Ministério da Saúde do Brasil e o Sistema de Informações sobre Mortalidade do DataSUS. Também indica o Centro de Valorização da Vida - CVV, instituição brasileira que funciona aos moldes da *The Samaritans*, organização britânica.

As notícias de suicídio em jornais de Santa Rosa - RS

Durante o mês de agosto de 2019, ou seja, o mês anterior à campanha do Setembro Amarelo, uma clipagem foi realizada dos dois jornais impressos da cidade de Santa Rosa, localizada no noroeste do Rio Grande do Sul. O jornal Noroeste circula uma vez por semana nas sextas-feiras. O jornal Gazeta Regional circula duas vezes por semana, nas quartas-feiras e aos sábados. Ao total, foram localizadas cinco matérias que se relacionavam à temática do suicídio.

No jornal Noroeste de 02 de agosto, foi publicada uma matéria sobre depressão, uma doença mental citada pela OMS e ABP como fator de risco para suicídios. Informações sobre sintomas, diagnóstico e tratamento encontram-se no texto (Figura 1).



Figura 1. Notícia veiculada pelo jornal Noroeste em 02 de agosto, página 5.

Observa-se a ausência de indicação de telefones ou endereços para obtenção de ajuda, caso sejam identificados os sintomas. Essa é uma recomendação importante dos manuais, de forma a facilitar ao leitor a obtenção de orientação profissional.

No jornal Gazeta de 07 de agosto, uma notícia específica de suicídio foi encontrada na contracapa (Figura 2). Informações pessoais do jovem que cometeu suicídio são encontradas no texto, como nome completo, idade e nome dos pais. Em sensibilidade à família, a ABP recomenda que não sejam citados dados pessoais do suicida em notícias. Além disso, o método de enforcamento é citado, sendo que esse aspecto deveria ser omitido para evitar inspirar outros jovens em situação similar, de acordo com os manuais da OMS e ABP.

Soldado é encontrado sem vida no 19ºRC Mec

O soldado Gustavo Leonardo Jahns, de 19 anos, foi encontrado sem vida em um mato na área militar em Santa Rosa. A comunidade estava mobilizada para encontrar o jovem que estava desaparecido, e por volta da meia noite de sexta-feira (02) o corpo foi encontrado sem vida. A Polícia foi ao local e realizou a perícia. O 19º Regimento de Cavalaria Mecanizado divulgou uma nota confira: SANTA ROSA (RS) - 19º Regimento de Cavalaria Mecanizado



- "Regimento San Martín" - Nota de Pesar - Falecimento de Soldado "O 19º Regimento de Cavalaria Mecanizado, "Regimento San Martín", com extremo pesar comunica o falecimento do Soldado GUSTAVO LEONARDO JAHNS, natural de SANTA ROSA-RS, filho de LEANDRO CESAR JAHNS e VERA LUCIA HUFF. Constatada a ausência do soldado no expediente do dia 1 de Agosto, foi realizado contato com a família e a mesma não sabia do paradeiro. O Comando do Regimento determinou que fossem realizadas buscas no interior do quartel, de forma que por volta das 23h50, do mesmo dia, o corpo do referido militar foi encontrado na mata no interior do Regimento com indícios de enforcamento. Estão sendo realizadas as perícias civil e militar, sendo que será instaurado um Inquérito Policial Militar para apurar o fato. O Regimento encontra-se profundamente consternado com a morte do Soldado JAHNS e está sendo prestado todo o apoio necessário à família".

Figura 2. Notícia veiculada pelo jornal Gazeta em 07 de agosto, contracapa.

Sobre o mesmo caso, o jornal Noroeste também colocou notícia em sua contracapa da edição de 09 de agosto (Figura 3). Alguns aspectos da abordagem estão de acordo com as normas da OMS e ABP, como ocultar a palavra suicídio do título e o método de suicídio do texto, e evitar conjecturas da motivação do ato.

Porém, em ambas os jornais, alguns aspectos importantes para abordagem dessas ocorrências ficaram ausentes. Não foram incluídas informações sobre saúde mental nem entrevista com profissionais da área.

Também não há telefones ou endereços para obtenção de ajuda. Um aspecto que deve ser evitado em matérias dessa natureza é a publicação de fotos ou quaisquer imagens relacionadas à situação, no entanto, a recomendação não foi observada e a foto do jovem foi utilizada para ilustrar a matéria em ambas as contracapas.



Figura 3. Notícia veiculada pelo jornal Noroeste em 09 de agosto, contracapa.

No jornal Gazeta Regional, uma notícia sobre prevenção do suicídio no 19º RCMec foi veiculada em 21 de agosto (Figura 4). A ação coincide com o suicídio noticiado pelo mesmo jornal em 07 de agosto e pelo jornal Noroeste em 09 de agosto, pois o jovem do caso era militar do mesmo regimento. A linguagem do texto é discreta com relação ao suicídio, referindo-se prioritariamente à valorização da vida. Foram incluídas informações sobre o Centro de Valorização da Vida - CVV e como buscar ajuda.



Figura 4. Notícia veiculada pelo jornal Gazeta Regional em 21 de agosto, página 4.

Por fim, em 31 de agosto o jornal Gazeta Regional abordou a campanha do Setembro Amarelo (Figura 5).

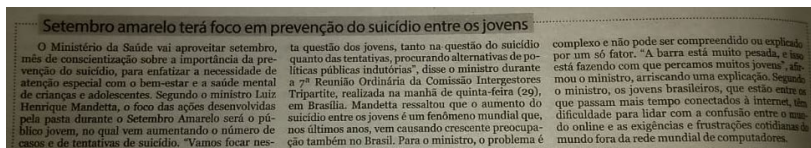


Figura 5. Notícia veiculada pelo jornal Gazeta Regional em 31 de agosto, página 6.

A matéria aborda principalmente o posicionamento do Ministério da Saúde com relação à campanha. No texto, o aumento de suicídios entre jovens é abordado, com uma citação de alarme do ministro Luiz Henrique Mandetta: "A barra está muito pesada e isso está fazendo com que percamos muitos jovens". E ainda cita a conexão excessiva com internet como possível causas desse aumento de suicídio na população mais nova. Esse tipo de linguagem não é recomendada pela ABP e OMS, por criar pânico na população e também gerar desinformação.

Segundo uma revisão de 31 artigos científicos publicados entre 1959 e 2001, englobando 15.629 suicídios na população geral, cerca de 96,8% dos casos caberia um diagnóstico de transtorno mental (Bertolote e Fleischmann, 2002 abud ABP, 2009, p. 10). Essa informação da ABP não deve ser ignorada, de forma que os jornalistas não devem apontar outras causas para o suicídio sem também conscientizar sobre doenças mentais.

Conclusão

A abordagem jornalística de temas complexos como o suicídio, embora ainda não esteja totalmente clara para quem produz ou edita matérias dessa natureza, requer um esforço para que sejam seguidas as principais recomendações da Organização Mundial de Saúde e da Associação Brasileira de Psiquiatria, trabalhadas neste texto como base para a análise dos jornais Noroeste e Gazeta Regional, de Santa Rosa, no Rio Grande do Sul, no enfoque do suicídio.

Observar e analisar a realidade regional contribui não apenas para conhecer esta realidade, mas também para que pensemos em como parâmetros mais abrangentes são aplicados a esta realidade, de modo a estimular o debate em torno da forma como o jornalismo aborda o suicídio nesta região do Estado. Embora a análise tenha sido feita com apenas dois jornais em um momento muito pontual, ou seja, no mês que antecede o Setembro Amarelo, considera-se muito importante o dado que o resultado da pesquisa mostra, porque confirma um comportamento visível em maior escala e aponta a relevância e a urgência de o jornalismo conhecer e aplicar as recomendações da OMS e da ABP como um ponto de partida para abordar o suicídio de forma ética e de respeito aos direitos humanos. Acredita-se que a sociedade, por meio da informação aprofundada e de qualidade, possa discutir apropriadamente esta questão que também é de saúde pública.

Referências

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA. **Comportamento Suicida**: Conhecer para Prevenir. Disponível em: < <https://www.abp.org.br>>. Acesso em 20 de Abril de 2019.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- DURKHEIM, É.: **O suicídio**: estudo de sociologia. Tradução Monica Statel. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- GRANDO, Carolina Pompeo. O Suicídio na Pauta Jornalística. **Observatório da Imprensa** Edição 596, de 29 de junho de 2010. Disponível em: <observatoriodaimprensa.com.br/diretorio-academico/o-suicidio-na-pauta-jornalistica>. Acesso em 27 Julho de 2019.
- RIGO, Soraya Carvalho, Capítulo III. In: **O suicídio e os desafios para a psicologia**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2013. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/12/Suicidio-FINAL-revisao61.pdf>>. Acesso em 01 de julho de 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- WERLANG, Blanca, Capítulo II. In: **O suicídio e os desafios para a psicologia**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2013. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/12/Suicidio-FINAL-revisao61.pdf>>. Acesso em 01 de julho de 2019.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION, **Preventing suicide**: A community engagement toolkit. Geneva: World Health Organization, 2014. Disponível em: <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/272860/9789241513791-eng.pdf>>. Acesso em 17 de agosto de 2019.

Do jusnaturalismo ao juspositivismo: desmistificando os positivismos sob a ótica da reconstrução dos direitos humanos

*Laura Mallmann Marcht*¹

*Gilmar Antonio Bedin*²

1 Introdução

Através do método hipotético-dedutivo, esta pesquisa analisa sucintamente a passagem do direito natural ao direito positivo, focando na origem do(s) positivismo(s) no contexto da França, Alemanha e Inglaterra. Tal investigação intenta desmistificar os juízos comuns acerca da temática, que muitas vezes, é velada ou interpretada erroneamente pelo público em geral. Esse senso comum criado a respeito do positivismo, o reduz a apenas à “*lex dura lex*” (*sic*).

Nesse sentido, o problema desta pesquisa pode ser sintetizado da seguinte maneira: em que medida a superação do jusnaturalismo pelo positivismo jurídico, contribui para a fortificação dos Estados Democráticos de Direito, à luz da teoria da reconstrução dos Direitos Humanos?

¹ Bacharela em Direito pela UNIJUÍ. É pesquisadora voluntária nos projetos "Cinema e Direitos Humanos", e "O conceito de biopolítica como canteiro arqueológico inacabado: de Michel Foucault a Giorgio Agamben". Ainda, atua no Grupo de Pesquisa "Biopolítica e Direitos Humanos" da UNIJUÍ.

² Graduado em Direito pela UNISC. Mestre e Doutor em Direito pela UFSC. Atualmente, está fazendo Estágio de Pós-Doutorado na Universidade de Santiago do Chile. Professor permanente do Curso de Graduação em Direito e dos Cursos de Mestrado e de Doutorado em Direito da UNIJUÍ e da URI.

Desse modo, tem-se como hipótese que ao longo da história dos positivismos, os Estados preocuparam-se com questões que anteriormente eram deixadas à deriva do jusnaturalismo, na busca por uma maior tutela de Direitos Humanos e garantias fundamentais.

No entanto, observa-se que tais correntes teóricas pressupõe quase sempre a existência do Estado como liame do sujeito com esse. Trata-se do vínculo jurídico-político instituído pelo Estado com o ser humano – a cidadania –, que quando apátrida ou refugiado, encontra-se despido de proteção estatal. Assim, torna-se imprescindível fixar a corrente positivista não com olhar pessimista, mas sim, o contrário. É por meio do direito que é possível estabelecer a (in)suficiência desse e propor novos ideais, como a reconstrução dos Direitos Humanos em uma sociedade global que ao mesmo tempo que rompe fronteiras, constrói muros simbólicos àqueles que são diversos, loucos, criminosos, estrangeiros, etc.

2 Da superação do jusnaturalismo: a formação da escola da exegese

Antes de adentrar na história do positivismo propriamente dito, cabe distinguir os conceitos de direito natural e direito positivo, posto que são essenciais à compreensão desta pesquisa. Segundo Norberto Bobbio (1995), o termo “positivismo jurídico” compreende-se na contraposição ao direito natural, pelo direito positivo. Essa contraposição diz respeito à linguagem, e não propriamente ao direito, no qual o primeiro se trata do direito que posto por natureza (*physis*) e o segundo, trata-se daquilo que é posto pelos homens (*thésis*) (BOBBIO, 1995).

Nesse sentido, o direito natural tem a mesma eficácia em quaisquer lugares, sendo universal e imutável, estabelecendo o que é bom (*bonum et aequum*) por meio de critérios morais, enquanto o direito positivo é particular, tendo eficácia apenas nas comunidades políticas a que se insere, fundado naquilo que é útil, correto e necessário, mediante critérios econômicos ou utilitários (BOBBIO, 1995). Foi com o direito positivo que surgiu a ideia de utilidade. De acordo com Hugo Grócio (1925, p. 15-16):

Pero la utilidad se añade al derecho natural: porque quiso el autor de la naturaleza que estuviéramos solos y fuéramos débiles y necesitados de muchas cosas para pasar bien la vida, a fin de obligarnos más a procurar la sociedad, y la utilidad dió ocasión al derecho civil; porque esa comunidad o sujeción que dijimos comenzó a establecerse por razón de alguna utilidad. Además, los que imponen los derechos a otros también suelen o deben mirar en ello alguna utilidad.

Para Grócio, o direito civil deriva-se do poder civil competente ao Estado, que em associação de homens livres reúnem-se com o objetivo de buscar direitos e utilidades comuns (BOBBIO, 1995). Essa é uma das primeiras manifestações acerca do direito positivo como sendo aquele posto pelo Estado. Anteriormente à Revolução Francesa o sistema jurídico dividia-se em sistemas particulares, havendo um direito para o clero, para a nobreza, e outro para o povo, com fulcro no direito canônico e no direito estatal (REALE, 2002). É com a queda da monarquia, a presença do iluminismo e os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade que a noção Estado ganha força.

Nesse sentido, o positivismo jurídico surge quando há a cisão do sentido compreendido entre direito positivo e direito natural, momento em que aquele é considerado direito em sentido próprio (BOBBIO, 1995). Bobbio (1995) refere que a passagem do jusnaturalismo para o positivismo jurídico nasce em meados do fim do século XVIII, com a formação do Estado Moderno e a dissolução da sociedade medieval. Isso porque no medievo a lógica do direito que se conhece atualmente foi invertida. O direito natural era superior ao direito positivo, pois decorria da vontade divina, momento em que grandes atrocidades eram legitimadas em razão da religião, mais especificamente, do próprio catolicismo.

A sociedade medieval era pluralista, formada por grupos sociais com seus próprios direitos, assim como o direito feudal, das corporações, das comunas, dos reinos, e tal qual o direito se apresentava como um fenômeno social produzido pela sociedade civil. Em contrapartida, o Estado Moderno surge com o escopo de estrutura monista, estabelecendo o direito

propriamente pela lei, ou indiretamente pelas normas consuetudinárias (BOBBIO, 1995). É nesse contexto que se insere uma nova atitude por parte do juiz, que deve usar outros meios diversos das fontes de direito natural.

Com o advento do Estado Moderno, o juiz que antes julgava conforme o costume, princípios de razão natural e demais fontes do direito natural, passa a julgar por meio de fontes de direito positivo. Isso se deve ao fato de que antes o juiz era livre em sua escolha, não estando adstrito a quaisquer normas. A modernidade inseriu o juiz como órgão dentro do Estado, devendo aquele agir em razão desse (BOBBIO, 1995). Entende-se então, que o juiz nesse momento histórico, encontrava-se adstrito às normas do poder legislativo, e é o direito posto pelo Estado que deve ser aplicado no caso concreto. Este, é entendido como único e verdadeiro, assim, ao retirar do juiz a faculdade da aplicação das normas, é o Estado que se torna o único criador do direito (BOBBIO, 1995).

É com as codificações ocorridas a partir do fim do século XVIII que se inicia o movimento do positivismo jurídico. Essas parecem ser, em um primeiro momento, fruto do absolutismo, porém, decorrem do iluminismo e da passagem para a concepção liberal do Estado. Na França, entra em vigor em 1804 o Código de Napoleão, um código propriamente dito como se entende na contemporaneidade – de organização lógica e expressa –, sendo a ideia da codificação proveniente da cultura racionalista. Foi durante a Revolução Francesa, que surgiu a ideia de codificar o direito, pela convicção da existência de um legislador universal e a necessidade de um direito simples e unitário (BOBBIO, 1995).

O *leitmotiv* do direito simples e unitário gera a concepção de que a multiplicidade de leis é fruto da corrupção, logo, o objetivo é codificar, mas poucas leis. O jurista Cambacérès que protagonizou esse primeiro momento da codificação francesa, permaneceu fiel a Napoleão por todo o período conturbado, motivo pelo qual depois foi exilado. Aquele apresentou três projetos de código com inspiração jusnaturalista (BOBBIO, 1995). No primeiro projeto, o jurista apresentou um código que objetivava a reproximação da natureza, unidade e simplicidade, postulando direitos

notadamente individuais-liberais. No segundo código, Cambacérés retirou a tecnicidade, reduziu a quantidade de artigos e intitulou “código de leis fundamentais” que serviria de suporte de inspiração aos legisladores posteriores (BOBBIO, 1995).

O terceiro projeto desse jurista também não obteve sucesso, mas influenciou na criação do Código Civil Francês. Notadamente, esse apresentou ideias jusnaturalistas mais atenuadas. Napoleão em 1800, resolve então, criar uma comissão composta de quatro juristas para a criação do código: Tronchet, Maleville, Bigot-Prémeneau e Portalis. Bonaparte participou ativamente da criação do escrito e a cada aprovação já eram promulgados. Após a promulgação de todos, o Código Civil Francês foi nomeado o Código de Napoleão (BOBBIO, 1995). O projeto definitivo abandonou por derradeiro o jusnaturalismo.

Diante disso, insere-se a figura do legislador, que ainda é onipotente em sua alçada. Por via de consequência, não poderia o juiz abster-se de decidir (juízo de *non liquet*), ainda que houvesse obscuridade, insuficiência e silêncio da lei. Nesses dois últimos casos, pode-se referir a auto-integração, na qual o juiz deve buscar no interior do próprio sistema a decisão, por meio da analogia ou dos princípios gerais do ordenamento em questão (BOBBIO, 1995). Em busca da completude do ordenamento, foi permitida uma possibilidade de criação do direito por parte do juiz.

Ainda que o legislador pareça nessa conjuntura onipotente, Portalis refere que é impossível que as leis positivas substituam inteiramente o uso da razão natural nos negócios da vida. Ainda, esse refere que não é possível que se esgote todas as possibilidades jurídicas a partir da criação do direito, mas sim uma redução de uma possível arbitrariedade judiciária. Nesse sentido cabe ao juiz, por meio do espírito das leis, decidir com base em critérios já propostos pelo legislador na lei (BOBBIO, 1995). Uma das preocupações da formação do Código de Napoleão, era evitar a recusa por parte do juiz de não decidir com o fundamento de inexistência legal.

Surge assim, a Escola da Exegese: conhecida e denunciada como fetichista da lei, pois pretendia resolver quaisquer casos na intenção do

legislador (BOBBIO, 1995). Segundo Bobbio (1995), foram cinco causas que desembocaram na Escola da Exegese: a codificação em si; a vontade do legislador pelo princípio da autoridade; a separação de poderes, no que tange às funções; o princípio da certeza do direito por razões de segurança jurídica; a natureza política, em razão das pressões do regime napoleônico. Desse modo, o juiz deveria, em tese, se submeter completamente à razão expressa na lei. Refere o autor que:

A escola da exegese deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código. (BOBBIO, 1995, p. 83).

Essa necessidade pela completude da lei, pela certeza do direito, desemboca na formação da Escola Científica do Direito, que se contrapôs à interpretação mecânica e passiva da lei. Essa nova escola pretende a transcendência do próprio Código, “uma vez que o positivismo científico deduz o direito exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos, e dos princípios geralmente reconhecidos da sua ciência”. (WIEACKER, 1967, p. 494). Tal escola constitui um sistema autônomo e coerente, sendo possível chegar a uma resposta correta através de uma operação lógica. Por ser esse sistema fechado, a fórmula operacional é detida de plenitude pelo sistema, não pelas normas, isto é, é possível que o juiz decida corretamente se escolher a solução lógica, o que por consequência, vincula o juiz à teoria científica (WIEACKER, 1967). Assim, é possível notar que ainda que existissem divergências entre os autores no que tange à lei e seus efeitos, todos estavam preocupados com a completude e com o alcance do direito, mesmo que de maneiras diversas. Na Alemanha e na Inglaterra as discussões são semelhantes.

3 O *Pandectas* no positivismo alemão, a escola histórica do direito e o positivismo na Inglaterra

No cenário alemão, para que houvesse a fortificação do movimento positivista, foi necessário que se rompesse com o jusnaturalismo. Kant foi um dos responsáveis pela destruição do antigo direito natural acrítico (WIEACKER, 1967). Immanuel Kant (2009, p. 1, grifos do autor), refere que:

Esclarecimento é a saída do homem da menoridade pela qual é o próprio culpado. Menoridade é a incapacidade de servir-se do próprio entendimento sem direção alheia. O homem é o próprio culpado por esta incapacidade, quando sua causa reside na falta, não de entendimento, mas de resolução e coragem de fazer uso dele sem a direção de outra pessoa. Ousa fazer uso de teu próprio entendimento! Eis o lema do Esclarecimento.

Ainda (KANT, 2009, p. 4, grifos do autor):

Um grau maior de liberdade civil parece vantajoso à liberdade de *espírito* do povo, e lhe coloca, entretanto, barreiras intransponíveis; um grau menor da mesma, em contrapartida, proporciona a este o espaço para expandir-se conforme todas as suas capacidades. Logo, se a natureza desenvolveu sob este duro invólucro o germe de que cuida tão delicadamente, isto é, o pendor e a vocação ao *pensamento livre*, este paulatinamente reincide sobre o modo de sentir do povo (o que pouco a pouco torna este mais apto a *agir livremente*) e finalmente também até sobre os princípios do *governo*, o qual descobre ser propício para si mesmo tratar o homem, que *é mais que uma máquina*, conforme sua dignidade.

Kant a partir da crítica à razão pura, e, pelo princípio da imputação, pôde aferir o empirismo lógico. A partir disso, foi possível a criação de uma ciência jurídica positiva filosoficamente legitimada, em que o formalismo científico, o positivismo científico, transformou o *usus modernus* numa ciência autônoma do direito positivo (WIEACKER, 1967). Ocorre então, um colapso do jusnaturalismo iluminista, no qual a cultura e o sentido cívico se uniram contra as legislações mecanicistas dos Estados autoritários (WIEACKER, 1967). Foi com a Escola Histórica do Direito, entre os séculos XVIII e XIX que se irrompeu o historicismo, concepção que aos poucos, pôs fim ao direito natural como pressuposto do direito.

A Escola Histórica do Direito tem como expoente Carlos Frederico von Savigny. O autor retratou as características dessa, quais sejam: a individualidade e variedade do homem; a irracionalidade das forças históricas; o pessimismo antropológico; o amor pelo passado; e o sentido de tradição. Na obra *Metodologia Jurídica*, refere o autor que “a ciência legislativa é uma ciência histórica” (SAVIGNY, 2001, p. 2). Assim, é necessário que o Estado imponha limites para que não haja o domínio da arbitrariedade de uns contra outros, papel que deve ser executado pelo legislador. Entretanto, se houver um grande espaço para a arbitrariedade de terceiro, é melhor que haja algo totalmente independente e afastado da convicção individual, qual seja o objetivo da lei (SAVIGNY, 2001).

A lei possui uma finalidade original, objetivamente, e de forma tão clara e perfeita que a qualquer outro sujeito não seria necessário adicionar nada para seu entendimento. Esse objetivo da lei se refere ao próprio saber histórico, por ser algo objetivamente dado. Desse modo, a função do juiz seria apenas estabelecer interpretações puramente lógicas, sendo a jurisprudência uma ciência puramente filológica (SAVIGNY, 2001). Isso não quer dizer que Savigny era contra a codificação, mas esse acreditava que o momento histórico da Alemanha não era adequado para tal atitude. No entanto, o autor, ao referir que não seria o momento adequado, também não indica qual seria, porque tal ocasião não existiria jamais. A codificação não é meio adequado uma vez que positiva um direito já decadente – daí deriva a ideia de pessimismo antropológico (BOBBIO, 1995).

Para Thibaut, a relação sistemática de normas com o conteúdo de outras normas é o mais adequado. Ainda, refere que se deve analisar filosoficamente, de forma lógica e sistemática, as questões de direito e não historicamente como vinha propondo o historicismo. Tal autor propõe uma Escola Filosófica do Direito. Esse, retoma uma característica já afastada pela Escola Histórica em razão do iluminismo: a universalidade. Essa proposta foi um dos movimentos contra a proposta da Escola Histórica porque se acreditava que com a codificação ocorreria a unificação da Alemanha (BOBBIO, 1995). A Escola Histórica vai além da compreensão do

direito como história, propõe a ciência jurídica como histórica. Tal compreensão descobriu a historicidade do próprio povo, por meio do espírito do povo (WIEACKER, 1967). Wieacker (1967, p. 409) refere que:

O espírito do povo [*volksgeist*] de Savigny, o direito dos juristas de Putcha, o direito popular de Beseler, a finalidade no direito de Ihering, o direito social e comunitário de Gierke, todos eles são [...] tentativas de reaquisição da identidade da consciência jurídica e jurídico-científica com o caráter histórico e, portanto, social [...] da existência (nacional ou social). Este foi o último e mais duradouro contributo do historicismo para o pensamento jurídico do século XIX.

O ponto fulcral do historicismo é a forte oposição ao racionalismo, considerando o homem em sua individualidade. Tal entendimento reforça uma das características mais fortes do movimento: o pessimismo antropológico, que denota a noção trágica da história e o amor pela tradição (BOBBIO, 1995). A influência do historicismo se insurge na crítica radical ao direito natural como um direito universal, imutável e deduzido pela razão, conforme os preceitos do iluminismo. Para isso, a Escola Histórica teve como fulcro o direito consuetudinário, para representar o espírito do povo (*volksgeist*) (BOBBIO, 1995). Para os pensadores da Escola, a codificação é um movimento político-cultural iluminista como “positivação do direito natural”, que busca expressar a autoridade do Estado e a razão dos príncipes e jurisconsultos.

Na metade do século XIX se origina a jurisprudência de conceitos, com o “*O espírito do direito romano*” de Ihering. Essa, limita o juiz à subsunção lógica da matéria de fato nos conceitos jurídicos, concebendo o ordenamento como um sistema fechado de conceitos jurídicos. A operação mais importante na qual se deve dedicar o jurista, além daquela da aplicação do direito é a simplificação dos materiais jurídicos. É nesse processo de simplificação que o jurista acaba deduzindo novas regras de princípios. Ihering critica a própria teoria, e por essa razão e promove a ideia de jurisprudência de interesses no fim do século XIX.

Na jurisprudência de interesses defende-se que o direito deve ser interpretado à luz das relações que deve regular e dos conflitos de interesse

que deve dirimir, tem por escopo os fins empíricos do legislador, os interesses “reais” ou “fatores causais”. Essa compreensão insurge na visão do direito como guarida de interesses e as leis na verdade são produtos de interesses de ordem material, nacional, religiosa e ética – nunca esquecendo do historicismo –. O que antes era analisado pelos fatos sociológicos na jurisprudência de interesses, passa a ser analisado pelos fatos filosóficos na jurisprudência dos valores.

Portanto, é possível afirmar que não há a superação da jurisprudência dos interesses, mas sim, sua integralização à jurisprudência dos valores. Na primeira, analisa-se o interesse do legislador na edição da norma, já na segunda, a preocupação é a análise do valor atribuído pelo juiz para chegar a decisão final. A jurisprudência dos valores significou inovação ao direito germânico uma vez que o Tribunal recorreu a critérios decisórios fora da estrutura da legalidade, rompendo com o positivismo exegético.

Em razão do forte tradicionalismo germânico, explica-se a demora de mais de um século do primeiro código da Alemanha. A codificação do direito alemão representa a realização política do princípio da “onipotência” do legislador. Os pensadores da Escola Histórica lutaram contra a implantação do direito positivo alemão em apenas um código, uma vez que seria impróprio ao movimento culturalista. Apenas em 1881, é iniciado o projeto do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), o primeiro código civil alemão, aprovado somente em 1896 e posto em vigor em 1900, inspirado no Código de Napoleão e no *pandectas* do direito romano.

O desenvolvimento do direito na Inglaterra, segundo Bobbio, é importante para as origens do positivismo jurídico. Hobbes (2004) em *Diálogo entre um filósofo e um jurista* examina a *common law*, defendida por Sir Edward Coke, e a *statute law*, ou ainda o direito em geral como refere. Nessa interlocução, ao discutir sobre uma das obras de Coke, Hobbes (2004) afirma que a vida do direito é a razão – direito comum –, e essa é natural, uma vez que é ciência e quando a ciência é estudada se funda na razão natural, e não na artificial (2004). Por via de consequência, “o que faz uma lei não é a sabedoria, e sim a autoridade” (HOBBS, 2004,

p. 37). Tal afirmação, permite compreender que Hobbes tenta, por meio do direito comum, afirmar o poder exclusivo do soberano de impor a lei e assim, ratificar o poder absoluto do Estado (BOBBIO, 1995).

Hobbes também participa das primeiras manifestações acerca da ética utilitarista, como a exemplo do *pacta sunt servanda* ou até mesmo da norma “não matar”, em que expõe formar um verdadeiro cálculo do próprio interesse. O estado de natureza não muda, mas todos têm o direito de usar quaisquer meios necessário à preservação dos seus interesses pessoais (BOBBIO, 1995). É nesse condão que o Estado se mostra necessário, uma vez que o soberano constituirá força necessária à imposição das leis. Para Hobbes (2004), portanto, a noção de direito positivo está intimamente ligada à compreensão de Estado Absolutista, principalmente em razão do estado de natureza e sua severa oposição ao *common law*.

Adentra-se então, em um período no qual o judiciário apenas reproduz a vontade do legislador. Se o juiz abusa do poder, apenas as partes se ressentem, mas se o legislador abusa, toda sociedade se ressentem. É com Montesquieu e Beccaria que surge a preocupação do juiz reproduzir apenas e tão somente o que o legislativo produz enquanto norma (BOBBIO, 1995). Esse movimento busca maior segurança jurídica, uma vez que o legislativo não é arbitrário, pois reproduz a própria vontade do Estado. O juiz não poderia sequer interpretar a lei, se não estaria incorrendo em arbitrariedade. Segundo Bobbio (1995), o pensamento liberal tratou de dois pontos principais para evitar a arbitrariedade do legislador, quais sejam: a separação dos poderes e a representatividade (figura da democracia).

Montesquieu (2010), em o *Espírito das leis*, rememora a figura do Estado democrático. O autor refere ser necessário mais do que a força do braço de um príncipe, é necessário que num Estado popular haja virtude e para isso é necessário que as leis sejam executadas, se não será o fim desse. Segundo o Barão (2010, p. 198):

Pode acontecer de a constituição ser livre e o cidadão, não. O cidadão pode ser livre, e a constituição, não. Nesses casos, a constituição será livre de direito, e não de fato; o cidadão será livre de fato, e não de direito. Só a disposição das

leis, e até das leis fundamentais, forma a liberdade em sua relação com a constituição.

O principal objetivo da obra não é apresentar apenas a tripartição de poderes, mas sim a relação da liberdade política com a constituição e com o próprio cidadão (MONTESQUIEU, 2010). Para o Barão, as decisões devem corresponder à letra da lei, sem que o juiz modifique o direito por outros meios equitativos – o que invadiria a própria função do legislador – (BOBBIO, 1995). Beccaria (2012), na clássica obra *Dos delitos e das penas*, refere que apenas o legislador pode estabelecer delitos, uma vez que representa a sociedade que está unida por um contrato social. Uma vez que o magistrado faz parte dessa sociedade, não pode aplicar outra pena se não aquela estabelecida por lei, senão estaria sendo injusto e a nenhum juiz é permitido “sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão”. (BECCARIA, 2012, p. 18).

Como é o soberano aquele que deposita a vontade de todos, em razão do contrato social, cabe ao juiz fazer um silogismo perfeito sem compreender quaisquer fontes que são diversas da lei (BECCARIA, 2012). Não haveria nada mais perigoso que a consulta ao espírito da lei, pois cada homem enxerga as normas de forma distintas e em épocas diferentes, e toda segurança jurídica seria substituída por interpretações ocasionais – gerando uma insegurança legal – (BECCARIA, 2012). E é a partir dessas premissas que o positivismo jurídico se insere. Na Inglaterra, Austin e Bentham remontam as noções já expostas a respeito do utilitarismo. Nesse sentido, é possível extrair do já exposto que o positivismo normativista, tanto quanto o jurídico, são amplamente confundidos com a Escola da Exegese, o pandectismo e o próprio utilitarismo. Tais confusões, geram um reducionismo no que tange a abstrações tão importantes para a Teoria do Direito como o positivismo em si.

4 A reconstrução dos direitos humanos como aporte para a efetivação da cultura democrática

A partir do acima exposto, é possível notar que há grande confusão teórica a respeito dos conceitos elucidados. O positivismo em si, passou por modificações intensas de acordo com a realidade de cada Estado-nação e não pode ser reduzido “à letra dura da lei”. É notável a contribuição dos diversos positivismos até a contemporaneidade e também imprescindível reconhecer as conquistas derivadas desses, posto que ajudaram paulatinamente a inserir os Direitos Humanos como pauta de discussão internacional a partir do século XVIII.

Entretanto, é necessário alertar que o vínculo jurídico-político instituído entre o Estado e o indivíduo causa uma série de questões que precisam ser refletidas. É nesse sentido que a pergunta central desta pesquisa se situa: em que medida a superação do jusnaturalismo pelo positivismo jurídico, contribuiu para a fortificação dos Estados Democráticos de Direito, à luz da teoria da reconstrução dos Direitos Humanos? A autora central desta seção é Hannah Arendt, que com sua pesquisa e experiência enquanto apátrida possibilitou um repensar dos Direitos Humanos.

Quando os sujeitos estão despojados de proteção estatal, sem a proteção da cidadania, encontram-se em situação de vulnerabilidade por não pertencerem mais a uma comunidade política (LAFER, 2008). Os autores Norberto Bobbio (2004) e Celso Lafer (1997, 2008) retomaram em suas investigações a importância da pesquisa arendtiana no que tange à noção de responsabilidade coletiva, posto que o totalitarismo é sempre passível de repetição (GIACOIA JUNIOR, 2019). Celso Lafer (2008, p. 55, grifos do autor) a retrata como um ouriço e como uma raposa: “No que toca ao tema dos direitos humanos, ela é um *ouriço* no *diagnóstico* e na *avaliação*, ao identificar na ruptura trazida pela experiência totalitária do nazismo e do stalinismo a inauguração do *tudo é possível*.”

Foi na sobredita ruptura que “o *tudo é possível* levou pessoas a serem tratadas, *de jure* e *de facto*, como supérfluas e descartáveis.” (LAFER, 2008, p. 55, grifos do autor). Hannah Arendt em *Origens do totalitarismo* (2012) refere que o nazismo e o stalinismo possuem o mesmo núcleo central de ruptura, ainda que experiências políticas diametralmente opostas (GIACOIA

JUNIOR, 2019). O totalitarismo representou, ainda, “uma nova forma de governo que, ao almejar a dominação total através do uso da ideologia e do emprego do terror para promover a ubiquidade do medo, fez do campo de concentração o seu paradigma organizacional.” (LAFER, 1997, p. 57).

O despovoamento dos países torna possível a criação de campos de extermínio: “somente onde há grandes massas supérfluas que podem ser sacrificadas é que se torna viável o governo totalitário, diferente do movimento totalitário.” (ARENDDT, 2012, p. 438). Os fenômenos que permitem a instalação do totalitarismo são: a banalização do terror; a subsistência da manipulação da coletividade; e, sobretudo, a massificação da política. É a partir desses fenômenos que se perde a faculdade da razão crítica dos homens em um processo contínuo de despersonalização (GIACIOIA JUNIOR, 2019). Nesse sentido, a propaganda se constitui em um instrumento do totalitarismo, enquanto o terror é a própria essência desse governo: “o reino do terror atinge a perfeição, nos campos de concentração” (ARENDDT, 2012, p. 476). Hannah Arendt é raposa porque:

[...] na sua percepção da realidade – que vê como ontologicamente complexa e rica nas suas particularidades e contingências – e na sua proposta de reconstrução, após a ruptura já diagnosticada. Tal proposta fundamenta-se em uma retomada crítica do pensamento ocidental, que almeja o exame das condições políticas e jurídicas que permitam assegurar um mundo comum. Um mundo marcado pela pluralidade e pela diversidade e vivificado pela criatividade do novo, o qual, através do exercício da liberdade inerente à visão arendtiana de natalidade, impediria o ressurgimento de um novo estado *totalitário de natureza*.

Através do *amor mundi* Arendt acreditava que a chance de reemergir Estados totalitários seria ínfima. Entretanto, a história não pode ser esquecida ou reescrita uma vez que através de movimentos nacionalistas, na contemporaneidade é passível de ressurgir esses com outras roupagens. Nesse sentido, as limpezas étnicas, a medicalização da vida, e a morte em massa em “hodiernos campos de concentração” ainda ocorrem e por essa

razão, os Direitos Humanos devem ser repensados no sentido de sua verdadeira efetivação.

Nota-se que a existência dessas rupturas nos Estados Democráticos de Direito enfraquece, por via de consequência, a cultura democrática dos Estados. Nesse condão é possível citar o filósofo italiano Giorgio Agamben (2015, p. 28): “É tempo de parar de olhar para as Declarações de Direitos de 1789 até hoje como proclamações de valores eternos metajurídicos”. Contudo, isso não significa que os Direitos Humanos não possam ou não devam ser reconsiderados tanto sob novos pressupostos e como indicação simbólica de um mundo mais democrático.

Assim, não se trata de preterir o conquistado até o momento através do direito, seja qual for o Estado. Ao contrário: há a necessidade da reconstrução dos Direitos Humanos a partir da atual (in)efetividade desses em âmbito nacional e internacional impede que experiências como o totalitarismo não emergam novamente. A violência tem se manifestado de diferentes formas e em diversos níveis. Há construção de campos simbólicos, nos quais se reproduzem essa violência de forma deliberada. De acordo com Arendt, “somente a pura violência é muda, e por esse motivo a violência, por si só, jamais pode ter grandeza.” (ARENDR, 2010, p. 31). Eis a importância desta pesquisa: refletir criticamente o conhecimento de distintos marcos teóricos para a verdadeira efetivação de Direitos Humanos.

5 Considerações finais

Através da análise sucinta do direito natural ao direito positivo, com enfoque no(s) diverso(s) positivismo(s), contextualizados nos cenários francês, alemão e inglês, foi possível desmistificar alguns dos juízos comumente feitos acerca da temática proposta. Foi utilizado, nesse sentido, o método hipotético-dedutivo para demonstrar a importância do conhecimento de legados tão importantes quanto o positivismo jurídico.

Nesse sentido, foi possível ratificar a hipótese apresentada na introdução desta investigação: ao longo da história dos positivismos, os Estados

preocuparam-se com questões que anteriormente eram deixadas à deriva do jusnaturalismo, na busca por uma maior tutela de Direitos Humanos e garantias fundamentais. Não se pode negar as conquistas de tais vertentes, posto que denunciaram diversas práticas de violência e relativizaram em certa medida na contemporaneidade, a soberania dos Estados em defesa desses direitos.

Entretanto, observa-se uma necessidade de repensar o direito pela ótica na (in)efetividade dos Direitos Humanos, uma vez que ainda existem abandonos estatais pela simples inexistência do sobredito liame estatal com determinados sujeitos. A cidadania, desse modo, deixa margem de violência aos apátridas e refugiados. Para além: existem novos campos de concentração, à título de exemplo, os campos de internamento para refugiados. Assim, demonstra-se necessário, através da reconstrução desses direitos, propor novos ideais – capazes efetivamente de concretizar aquilo que o direito humanitário tanto intenta realizar –.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. **Meios sem fim**: notas sobre a política. Tradução de Davi Pessoa Carneiro. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 7. ed. São Paulo: Editora Martin Claret LTDA. 2012.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. **Hannah Arendt por Oswaldo Giacoia Junior**. YouTube: Território Conhecimento, 15 abr. 2018. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=_fzXek7OPo8. Acesso em: 31 mar. 2019.

GROCIO, Hugo. **Del derecho de la guerra y de la paz**. Tradução de Jaime Torrubiano Ripoll. 3. ed. Sevilla: Madrid Editorial Reis, 1925.

HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. Tradução de Maria Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2004.

KANT, Immanuel. **Resposta à questão: O que é esclarecimento?** In: Antologia de textos filosóficos. Curitiba: Secretaria de Estado da Educação do Paraná, 2009.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. In: **Estudos Avançados**, v. 11, n. 30, 1997. 55-65 p.

LAFER, Celso. Posfácio. In: ARENDT, Hannah. **Homens em tempos sombrios**. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marrenco. São Paulo: Edicamp, 2001.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Avenida de Berna: Lisboa, 1967.

**Argentina:
Elecciones 2019,
retrospectiva y prospectiva de un país en crisis**

*Liliana A.B. Urrutia*¹

1. Introducción

El presente trabajo consiste en el análisis de la actualidad política argentina en un año electoral (2019), a partir de la coyuntura política, económica y social.

En primer lugar, determinamos el sistema electoral argentino y el marco legal de las elecciones primarias (PASO), regulado por la Ley 26.571/2.009.

Seguidamente, comparamos los resultados eleccionarios con la finalidad de analizar las consecuencias políticas, sociales y económicas del acto eleccionario primario de 2019 y su incidencia en la crisis que atraviesa la Argentina.

Además, estudiamos el comportamiento de los mercados y de los diversos actores sociales y políticos, mediante el análisis de datos estadísticos obtenidos del FMI, INDEC, BCRA, ODSA, y mediante observación directa.

Por último, nos formulamos algunas preguntas: ¿Qué proyecto de país queremos? ¿Grieta o acuerdo popular con todos los actores sociales y

¹ Prof. Obligaciones y Derecho de Daños (U.N.R.); Docente seleccionada Programa AUGM (UFRGS, 2014); Seminario Interdisciplinario de DDHH (IIDH, 2014); Directora del Colegio de Abogados de Rosario, Argentina; Autora de diversas publicaciones. E-mail: urrutiaabogada@hotmail.com

políticos? ¿Cómo se sale de esta crisis? ¿La convulsión social en la región puede generar un efecto contagio?

Como conclusión, a partir del análisis retrospectivo efectuado y del pensamiento ideológico de cada uno de los candidatos, trazamos algunas líneas prospectivas.

2. Sistema electoral argentino

La constitución nacional argentina establece un sistema de gobierno representativo, republicano y federal (artículo 1º). Es por ello, que en nuestro país se realizan regularmente dos tipos de elecciones: a) las nacionales, mediante las cuales se eligen las autoridades del Poder Ejecutivo, presidente y vicepresidente, y los legisladores del Congreso Nacional, formado por Senadores y Diputados; y b) las provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o locales, para elegir a las autoridades de cada provincia, los gobernadores y los legisladores provinciales, como asimismo intendentes y concejales de cada municipio o comuna.

En todos los casos el voto es universal, secreto y obligatorio para los ciudadanos entre 18 y 70 años de edad, pudiendo hacerlo voluntariamente entre 16 y 18 años y mayores de 70 años.

El presidente y vicepresidente son elegidos directamente por el pueblo, en doble vuelta, conformando el territorio nacional un distrito único. La convocatoria deberá hacerse con una anticipación no menor de noventa (90) días y la elección se efectuará dentro de los dos meses anteriores a la conclusión del mandato del Presidente en ejercicio. Si correspondiera la segunda vuelta electoral (o ballotage), se realizará dentro de los treinta (30) días de celebrada la anterior entre las dos fórmulas de candidatos más votadas. (Código electoral argentino, arts. 148 y 150)

Cada elector sufragará por una fórmula indivisible de candidatos a ambos cargos, y serán proclamados como presidente y vicepresidente los integrantes de la fórmula más votada en la primera vuelta cuando: a) haya obtenido más del 45 % de los votos afirmativos válidamente emitidos, o b)

en su defecto, por lo menos el 40 % de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiera una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que le sigue en número de votos. (Cód. electoral, art. 149)

3. Elecciones primarias obligatorias

3.1 Marco legal

La ley 26.571 sobre democratización de la representación política, la transparencia y la equidad electoral, sancionada en 2009, implementó el sistema de elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias (PASO), mediante el cual se determina la modalidad de designación de los candidatos de los partidos políticos. Estas elecciones deben realizarse el segundo domingo de agosto del año en que se celebren las elecciones generales (art. 20); y están obligadas a concurrir todas las personas entre 18 y 70 años de edad.

Como su nombre lo indica estas elecciones son abiertas, ya que votan todos los ciudadanos, de cualquier partido, esté afiliado o no, con el fin de elegir los candidatos que se van a presentar luego en las elecciones generales, y como no definen el resultado final, incluso pueden decidir por el candidato de otro partido con el cual desearan que compitiera su preferido. Y, además, son obligatorias, por lo que toda la ciudadanía entre 18 y 70 años debe ir a votar. Esta conjunción de requisitos termina convirtiendo estas elecciones primarias en una suerte de encuesta previa al acto electoral definitivo. Ello fue, en las actuales elecciones primarias de 2019, un detonante de una crisis latente en la sociedad argentina, debido al resultado que indica prácticamente un ganador, sin haberse aún realizado el acto electoral presidencial.

Con anterioridad a esta reforma, solamente los afiliados a cada partido político participaba en las elecciones partidarias internas para elegir a sus candidatos a cargos de elección popular (Ley 23.298).

Ahora bien, una vez elegidos los candidatos de cada agrupación política (partido o alianza), mediante el sistema de las PASO, las elecciones generales para cargos nacionales se realiza el cuarto domingo de octubre inmediatamente anterior a la finalización de los mandatos (Código electoral argentino, art. 53); y, en caso, de segunda vuelta o ballottage, dentro de los 30 días (art. 150).

3.2 Análisis comparativo de los resultados desde su implementación

En las elecciones primarias de 2011, para cargo presidencial, la ex mandataria Cristina Fernández de Kirchner, que iba por la reelección, obtuvo el 50,24% de los votos; y en las elecciones de 2015, el candidato del Frente para la Victoria, sucesor de la presidenta saliente, obtuvo el 38,67%, mientras que la segunda fuerza mayoritaria (Cambiamos) el 30,12%.

En el 2019, la fórmula Fernández Alberto-Fernández Cristina (Cristina de Kirchner) obtuvo en las elecciones primarias (PASO) el 47,79%, y el actual presidente que va por la reelección, Mauricio Macri, el 31,80%. Con la notable diferencia que obtuvo el Frente de Todos, el resultado electoral de las presidenciales es predecible y casi imposible de “darlo vuelta” (eslogan de campaña de Macri).

Esta situación fáctica precipitó la crisis socio-económica argentina - luego de las PASO- por el cambio ideológico, por el endeudamiento, la inflación y la corrida cambiaria, entre otros factores.

Ahora bien, en las elecciones presidenciales de 2011, donde la ex presidenta había superado el 50% de votos en las PASO, sin ninguna fuerza oponente que obtuviera más del 17% de los votos, ganó ampliamente por el 54,11%. Quizás algún voto estratégico, que la hubiera elegido, votó a la oposición para equilibrar la relación de poder, ya que antes del acto electoral se sabía que ganaba ampliamente.

En las siguientes elecciones presidenciales de 2015, el Frente para la Victoria obtuvo el 37,08% y Cambiamos el 34,15%; lo que le permitió al

candidato Mauricio Macri ir al ballottage y ganar así en la segunda vuelta. En estas elecciones, la tercera fuerza, Unidos por una Nueva Alternativa (Sergio Massa) obtuvo un porcentaje importante de votos (21,39%), que evidentemente se repartieron entre los dos más votados en el ballottage. Y así quedó el resultado final: 51,34% para Cambiemos (Macri) y el 48,66% para el Frente para la Victoria (Scioli).

Si hacemos un análisis del contexto socio-económico y político de cada momento electoral, podemos observar que la conformación política de cada agrupación, frente o alianza es uno de los factores determinantes a la hora de sumar votos, pero también en los años de mayor inflación y recesión (factores económicos), la ciudadanía inclina su voto en contra del gobernante de turno y a favor de la opción más viable. En cuanto a lo ideológico también observamos un péndulo que va de gobiernos más populares a otros de centro-derecha y viceversa. Otros factores como las denuncias por corrupción, narcotráfico e inseguridad han sido elementos decisivos para votar al candidato que proponía combatirlos (elecciones del 2015); sin embargo, la cuestión económica como la inflación notoria que llevaba varios años y que era negada, ya que no existían mecanismos oficiales de medición como el INDEC, que funcionaran, ha sido determinante.

En el tablero político, las piezas se mueven, se arman y se desarman estratégicamente con dos ideologías bastante delineadas, una de centro-derecha (Juntos por el Cambio) y otra de centro-izquierda (Frente de Todos); sin embargo, precisamente, allí en el centro se encuentra la sociedad, que de “a jirones” le quitan de a poco, Todos, todo: su seguridad, su derecho a justicia, su estabilidad económica, laboral, su salario, su dignidad, su vida, sus oportunidades. Los excluidos, los que no valen, más que su voto, no son sólo aquellos que las cifras dicen que están por debajo de la línea de pobreza, porque cuando los derechos económicos, sociales, civiles y políticos se alteran o restringen por las ideologías de turno, es toda la ciudadanía que se encuentra excluida (no sólo una parte), porque el péndulo va y viene, toca los extremos pero también el centro.

4. Elecciones primarias presidenciales de 2019. Consecuencias políticas, económicas y sociales

El pueblo argentino, una vez más, luego de las elecciones primarias, siendo que sólo se elegían candidatos, no presidente, amaneció al día siguiente con un dólar devaluado en más de un 20% de su valor anterior. Algo había cambiado, el resultado a favor de la alianza, Frente de Todos, integrada por la ex presidenta, Cristina de Kirchner. Se dieron varios argumentos para justificar la corrida, de un lado y del otro del tablero. Algunos el cambio ideológico, la desconfianza de las políticas que se adoptarán; otros responsabilizaron al actual gobernante, Macri, que dejó que la moneda se disparara.

La corrida del dólar trajo aumento de precios, y más inflación. El gobierno debió tomar varias medidas, incluso de orden fiscal, como eximir del pago de aportes y tributos por el mes de septiembre. Se quitó el impuesto del IVA a alimentos básicos de la canasta familiar, como el pan, la leche y el aceite, entre otros. Además, desde las PASO el gobierno vendió más de u\$s5.000.000.000 de sus reservas para contener al dólar, estableció un cepo cambiario laxo, entre otras medidas.

El resultado de las PASO, lejos de lo que indicaban las distintas encuestas, sorprendió a todos. La diferencia en intención de votos casi duplicaba la estimativa.

Esta situación precipitó la crisis socio-económica argentina. Un país con un gran endeudamiento, déficit fiscal, empobrecimiento, precarización laboral, con una alta presión impositiva, servicios costosos, casi sin crédito, tasas altas, inflación y recesión. Si bien hubo avances en otras áreas, como reducción del delito, seguridad, infraestructura, producción en ciertos sectores, aún no es suficiente. La economía fue determinante a la hora de votar.

4.1 Incremento de la incertidumbre financiera

Luego de la realización de las elecciones Primarias Abiertas, Simultáneas y Obligatorias (PASO) del 11 de agosto, se produjo un significativo incremento en la percepción del riesgo de los agentes del mercado. En consecuencia, se observó una fuerte caída de los precios de los activos financieros domésticos y una depreciación del peso. Así, el riesgo país prácticamente se duplicó entre el 9 y el 13 de agosto para luego estabilizarse en torno a los 2.000 puntos básicos hacia fines del mismo mes. El 12 de agosto el mercado bursátil registró una de las mayores caídas de su historia (-37,9% en pesos y -49,5% en dólares) y los bonos del Tesoro en dólares de corto y largo plazo mostraron una baja promedio de 28% y 25%, respectivamente. Por su parte, el tipo de cambio registró un aumento de 22,8% el primer día hábil posterior a las elecciones, volviendo a subir hacia fines de agosto hasta alcanzar \$59,1 por dólar (+30,1% respecto al 9 de agosto). Asimismo, la tasa de interés de las Letras de Liquidez (LELIQ) aumentó de 63,7% anual el 9 de agosto a 85,3% anual el 2 de septiembre (IPOM, 2019).

En cuanto al valor de la moneda extranjera dólar se mantuvo hasta las elecciones presidenciales (octubre de 2019) entre los \$60.- y \$61.-, perdiendo gradualmente las reservas (drenaje) para evitar una corrida cambiaria y una nueva devaluación.

A partir del incremento de la incertidumbre financiera, el Tesoro Nacional comenzó a enfrentar dificultades para renovar los vencimientos de su deuda de corto plazo en el mercado. Mientras que hasta el 9 de agosto lograba una renovación promedio de 88% de los vencimientos de letras en pesos y dólares (Lecap, Letes, Lecer y Lelinks),

luego de las elecciones primarias el porcentaje de renovación cayó a niveles inferiores al 10%. A su vez, los depósitos bancarios en moneda extranjera del sector privado se contrajeron en un 18% (IPOM, 2019).

Entre las medidas que se tomaron para contener la volatilidad financiera, el BCRA reprogramó los vencimientos de deuda e impuso restricciones al mercado cambiario.

Así pues, por un lado, el Ministerio de Hacienda anunció una extensión del perfil de los vencimientos de la deuda de corto plazo del Tesoro Nacional con el objetivo de aliviar los pagos de los próximos meses, y la intención de modificar el cronograma de vencimientos del resto de la deuda, apuntando a aliviar los pagos del período 2020-2023. (IPOM, 2019)

En el caso de la deuda con el Fondo Monetario Internacional (FMI) se propuso una nueva negociación o reperfilamiento de la deuda, lo que se encuentra en suspenso hasta luego de las elecciones presidenciales.

Además, el Banco Central implementó un conjunto de medidas destinadas a regular los ingresos y egresos del mercado cambiario. En términos generales, las regulaciones no afectan el funcionamiento del comercio exterior, los viajes, el pago de deudas en moneda extranjera, ni la libertad para extraer pesos y dólares de las cuentas bancarias. Las personas físicas pueden comprar hasta u\$s10.000.- mensuales; lo que se dio en llamar goteo o drenaje, atento a la compra diaria de ciudadanos comunes que se refugian en la moneda extranjera para enfrentar a una probable devaluación pos elecciones. Sin embargo, una gran parte de la sociedad, quienes no llegan a cubrir sus necesidades básicas no pueden “salvaguardar” sus pesos, recurriendo a esta opción. La línea de pobreza fue medida en un 33,6%.

Esta medida de contención del dólar oficial genera un mercado negro o dólar blue, que permite que muchos especuladores operen con el “dólar puré”, que consiste en comprar la moneda en el mercado oficial para venderla luego en el mercado paralelo con una diferencia de entre el 10 y 12% de su valor. Otra operación similar es el “dólar rulo”, que consiste en comprar el total del cupo permitido en dólares para luego utilizarlos para la compra de bonos en dólares. Los bonos son luego vendidos en el Mercado Electrónico de Pagos (MEP), para obtener mejores cotizaciones.

Una gran crítica de estas medidas en cuanto al cepo cambiario es que se limitó la formación de activos externos, principalmente en el caso de las personas jurídicas, perjudicando al sector empresarial, en particular, a las pequeñas y medianas empresas (PYMES).

4.2 Condiciones crediticias pos elecciones primarias

a) Préstamos a empresas

Los resultados de la encuesta de las condiciones crediticias (ECC), arrojaron una significativa restricción de los estándares crediticios asociados a los préstamos a empresas en comparación con el trimestre inmediato anterior —el Índice de Difusión (ID) fue de $-45,1\%$ para el nivel general—. Este escenario de restricción se observó en las grandes empresas y, en menor magnitud, en las pequeñas y medianas firmas. Las entidades que restringieron los estándares crediticios a las empresas en el período (tercer trimestre de 2019) identificaron al deterioro de la situación económica (actual y perspectivas) y al aumento del riesgo de la cartera crediticia, como los factores principales que explicaron su movimiento en el margen. Y se prevé para el cuarto trimestre de 2019, nuevas restricciones significativas en los estándares crediticios asociados a las líneas a empresas (ID nivel general de $-32,2\%$), situación que se extendería principalmente a las grandes empresas y a las financiaciones de mediano y largo plazo (mayores a un año). (ECC, 2019)

En similar sentido, se percibió una significativa reducción de la demanda de crédito por parte de las empresas (ID nivel general de $-40,9\%$), en línea con los niveles observados en los cinco trimestres previos. (ECC, 2019)

b) Préstamos a hogares

Los bancos encuestados, durante el tercer trimestre de 2019, señalaron una significativa restricción de los estándares crediticios en todas las líneas a familias (créditos hipotecarios, prendarios, tarjetas y otros consumos). Entre los principales factores que explicaron esta evolución se encuentran el deterioro de la situación económica, el aumento del riesgo de la cartera crediticia y las mayores restricciones vinculadas a los niveles de capital de las entidades. Para el cierre del año, los bancos consultados prevén una significativa restricción de los estándares de aprobación de casi todas las líneas crediticias a familias, con excepción de las tarjetas de crédito que presentarían una restricción moderada. (ECC, 2019)

En cuanto a la demanda percibida, se notó una caída ampliamente difundida de la solicitud de líneas hipotecarias en el tercer trimestre de 2019 (ID de -63%) respecto al trimestre anterior, principalmente por la disminución de la inversión en viviendas y por el escenario de tasas de interés poco atractivas. En tanto, la demanda de los préstamos prendarios, de otros créditos al consumo y de las tarjetas de crédito también evidenciaron una reducción, aunque de menor magnitud. Del mismo modo, se prevé para el último trimestre del año, una significativa disminución de la demanda de crédito, en especial, en los prendarios (ID -46,3%) y en los hipotecarios (ID -43,7%). (ECC, 2019)

4.3 Tasas de intereses

a) Plazos fijos

Una semana antes de las elecciones presidenciales, octubre de 2019, las tasas para plazos fijos online en pesos para sumas superiores a pesos argentinos cien mil (\$100.000.-), lo que equivale a unos cuatro salarios

básicos, son del orden del 60% (tasa nominal anual) en el caso del Banco de la Nación Argentina, mientras que otros bancos privados oscilan entre el 50 y el 57% (BCRA, 2019).

b) Créditos personales

Una semana antes de las elecciones presidenciales, octubre de 2019, la tasa efectiva del Banco Hipotecario (banco oficial) es del 78,15%; es decir, sobre un préstamo de pesos argentinos cien mil (\$100.000.-), a devolver en doce meses, se abona una cuota promedio de \$14.846.-

En los demás Bancos, la tasa es notoriamente mayor y varía según la entidad; así vgr., Galicia (91,93%); HSBC (103,18%); BBVA (130,68%); Banco Nación Argentina (142,8%).

c) Financiación en tarjetas de crédito

En el caso de las tarjetas de crédito, mencionamos a título ejemplificativo, la tasa de interés financiero o compensatorio en pesos del Banco Macro, es del 149,61% (Tasa Efectiva Anual), llegando el costo financiero total efectivo anual (CFTEA) con IVA al 199,93%, para el mes de octubre de 2019.

4.4 Inflación y pobreza

La inflación y la pobreza en Argentina no son la consecuencia de un gobierno o una coyuntura, sino que son un flagelo de años de políticas de exclusión.

Si bien existen otros males que corroen el tejido social, como el Law-Fare o Guerra judicial, muy en boga, que ya comenzó a mover las piezas

del tablero, con decisiones judiciales a tono con los nuevos vientos políticos que se avecinan, un “panquequismo” de doctrinas y decisorios de algunos funcionarios; la inflación junto con la desocupación son determinantes para el incremento de la pobreza de una población.

En cuanto al proceso inflacionario, Argentina ha vivido períodos muy difíciles, como en el año 1989, la hiperinflación, en el gobierno de Alfonsín; o la crisis del 2.001 (corralito), luego de una profunda recesión.

En la actualidad, según el FMI, la Argentina se encuentra en el tercer lugar de países con mayor inflación en el mundo (57,3%), luego de Venezuela, que afronta una hiperinflación (200.000%), y de Zimbabwe con el 182,9% (WEO, 2019).

La información oficial sobre precios al consumidor arroja un índice del 53,5% anual y del 5,9% en el mes de septiembre y una tasa de desocupación del 10,6% en el segundo trimestre de 2019 (INDEC, 2019).

Como consecuencia de la crisis pos elecciones primarias, el gobierno dispuso una serie de medidas para paliar el impacto inflacionario, como ser, entre otras, el congelamiento de las cuotas de los créditos por vivienda (UVA); el acuerdo de precios esenciales en una cantidad de productos básicos de la canasta familiar, además de la quita del IVA en ciertos alimentos. Asimismo, se votó en el Congreso la ley 27.519, que prorroga la Emergencia Alimentaria Nacional, decretada en el año 2.002, y crea el Programa de Alimentación y Nutrición Nacional.

En la Argentina, se mide oficialmente la pobreza de su población a través de los ingresos corrientes de los hogares. Este tipo de medición se basa en el supuesto de que los ingresos permiten a los hogares adquirir los bienes y servicios que necesitan para garantizar su calidad de vida y bienestar. Sin embargo, la pobreza es mucho más amplia que la sola falta de ingresos, ya que las exclusiones sociales incluyen privaciones en distintas dimensiones, tales como: educación, salud, vivienda, empleo, empoderamiento, discriminación, seguridad personal, y muchas otras que difícilmente pueden ser identificadas por el nivel de ingresos. (ODSA, 2019)

El Observatorio de la Deuda Social Argentina (ODSA) en su Informe sobre pobreza por ingresos en porcentaje de población (período 2010-2018) arroja una tasa del 33,6% (2018), siendo similar a la del comienzo del período observado del 31,8% (2010), período en el cual gobernaba, la ex presidenta Cristina Kirchner.

En cuanto a los datos comparativos por períodos, la curva fue descendiendo durante los años 2011 y 2012 (25,9%), para comenzar su incremento paulatino a partir del 2013 (27,4%); 2014 (28,2%); 2015 (30%); 2016 (32,8%); y en el 2017 se da un descenso de la tasa de pobreza al 28,2%, para volver a subir en el 2018.

Un indicador del comportamiento del electorado lo vemos reflejado en el índice de pobreza como en la escalada inflacionaria; así pues, cuando hubo mayores tasas de pobreza se pierden elecciones y cuando sucede lo contrario, se ganan. En el 2015 pierde las elecciones presidenciales el candidato de Cristina Kirchner; en las elecciones de medio tiempo (2017) gana el oficialismo (Cambiemos-Macri); y en el 2019, claramente las PASO fueron arrasadoras contra el gobierno.

5. Prospectiva de un país en crisis

Necesariamente para pensar el país por venir, no podemos ni debemos olvidarnos de nuestro pasado histórico-político, económico y social, y de ahí formularnos algunas preguntas, que deberemos responder entre todos, como sociedad, de manera urgente y comprometida. ¿Qué proyecto de país queremos? ¿Grieta o acuerdo popular con todos los actores sociales y políticos? ¿Cómo se sale de esta crisis? ¿La convulsión social en la región puede generar un efecto contagio?

Las dos fuerzas políticas más numerosas, el Frente de Todos, que obtuvo mayoría en las elecciones primarias, y Juntos por el Cambio, que llenó la avenida 9 de julio (la marcha del millón), una semana antes de las elecciones presidenciales, son responsables de la Argentina que viene.

Conforman las piezas de ese tablero, que deben concertar una transición ordenada necesaria: un delicado equilibrio.

La convulsión social en la región, Ecuador, Perú, Venezuela, las recientes elecciones en Bolivia, las protestas y toque de queda en Chile (Piñera dijo: “Estamos en guerra” y debió disculparse), los incidentes que se produjeron en Argentina cuando se estaban manifestando pacíficamente frente al consulado de Chile, existiendo información de actividad en redes, que podrían estar incentivando este tipo de accionar, preocupa que pudiera darse un efecto contagio.

En la coyuntura que se encuentra nuestro país, el período de transición desde el 28 de octubre (elecciones presidenciales) al 10 de diciembre (asunción del presidente electo) es crucial, ya que el frágil equilibrio social exige una visión histórica-institucional de la política.

Las medidas económicas que se tomen deben ser en un contexto de cooperación entre el gobierno saliente y el gobierno entrante en una transición que debe ser ejemplar. La transición debería ser ordenada (es un deber ser).

El Ministro de Hacienda, el economista Hernán Lacunza, dijo que van a ser colaborativos con el gobierno entrante, pero que no iban a hacer cualquier cosa. ¿Quién asumirá el costo político de las decisiones que se deban tomar?

Luego de las PASO (11-08-2019), el recorrido y el apoyo a lo largo de todo el país de parte importante del electorado, con la multitudinaria convocatoria en el Obelisco con la llamada “Marcha del Millón” del sábado 19-10 (una semana antes del acto eleccionario), emulando la misma marcha que hizo el Dr. Alfonsín en el año 1983, representa un 35% del electorado que apoya a Macri.

Es importante que la disputa por el poder simbólico y real no trascienda la necesidad de un acuerdo social para llevar adelante muchas de las medidas que se deberán tomar.

¿Cuáles son las probables medidas que se adopten?

Los analistas políticos sostienen que el candidato Alberto Fernández tiene un plan de emergencia, que incluye, entre otras medidas, la negociación con el FMI el pago de la deuda, mediante un “acuerdo de facilidades extendidas” a diez años, donde en el primero no se pague nada; del segundo al cuarto sólo intereses, y del quinto al último, capital e intereses, lo que le permitiría a nuestro país generar crecimiento con superávit comercial. En esta negociación el Fondo podría exigir como condicionamiento la reforma laboral y previsional. (MONTENEGRO, 2019)

Además, la negociación de la deuda con el sector privado; un régimen específico de incentivos tributarios para sectores exportadores; beneficio fiscal en la liquidación de exportaciones del campo por 45 días a cuenta de ganancias; un mayor cepo cambiario; aumento del dólar de manera gradual; devaluación; descongelamiento del precio de la nafta; aumento de las retenciones; entre otros. (MONTENEGRO, 2019)

6. Reflexión final

En el contexto socio-político de la región, que se encuentra inserta la Argentina, y la crisis por la que atraviesa, es necesario un compromiso político y un acuerdo social que trascienda la coyuntura.

Hay un cambio de paradigma: la ciudadanía se moviliza para peticionar a sus gobernantes o dirigentes, o para apoyarlos. El pueblo es más participativo y exige la efectiva realización de sus derechos civiles, políticos, económicos y sociales.

Referencias

-Banco Central de la República Argentina. On line: www.bcra.gov.ar

-Banco Central de la República Argentina, Informe de Política Monetaria (IPOM), Octubre 2019. On line: <http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/IPOM1019.pdf>

- Banco Central de la República Argentina, Encuesta de Condiciones Crediticias (ECC), tercer trimestre 2019. On line: [http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/Publicaciones/Estadisticas/1909%20ECC %20Resultados.pdf](http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/Publicaciones/Estadisticas/1909%20ECC%20Resultados.pdf)
- Banco Hipotecario. On line: www.hipotecario.com.ar
- Código Electoral Argentino.
- Dirección Nacional Electoral <https://www.argentina.gob.ar/interior/dine>
- Fondo Monetario Internacional, Perspectivas Económicas Mundiales (WEO), Octubre 2019.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la República Argentina, www.indec.gob.ar
- Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) de la República Argentina, Índice de Precios al Consumidor (IPEC), Informe Técnico, Vol. 3, n° 189, Septiembre 2019. On line: https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/ipc_10_19FB1348322D.pdf
- Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) de la República Argentina, Mercado de trabajo. Tasas e indicadores socioeconómicos (EPH), Informe Técnico, Vol. 3, n° 174, Segundo trimestre 2019. On line: https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/mercado_trabajo_eph_2trim19ED75D3E4D2.pdf
- Observatorio de la Deuda Social Argentina (ODSA) de la Universidad Católica Argentina (UCA), Informe sobre Pobreza y desigualdad monetaria en los hogares urbanos de la Argentina a partir de la encuesta de la deuda social argentina (2010-2018). On line: <http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Presentaciones/2019/2019-Observatorio-PPT-Pobreza-Multidimensional.pdf>
- MONTENEGRO, Maximiliano, PLANM.com.ar, Info, Data y Análisis. On line: www.planm.com.ar

Reflexões sobre os limites da expressão religiosa pública no Estado laico brasileiro

*Jéssica Reis Silvano Barbosa*¹

*Lucas Oliveira Vianna*²

1. Considerações iniciais

Os limites do exercício público da fé religiosa em face do Estado laico são objeto de frequentes alterações jurídicas no cenário brasileiro, tanto nos Tribunais quanto nas searas doutrinária e acadêmica. Questões complexas exsurtem do confronto do direito à liberdade religiosa com outros direitos fundamentais, tais como a sacralidade do sábado para adventistas que prestam exames em face da isonomia perante outros candidatos, o sacrifício de animais em religiões afro em face da proibição aos maus-tratos de animais, o direito a recusar o recebimento de transfusão de sangue em face do dever médico de garantir a vida, o direito à manifestação religiosa de parlamentares diante do dever de neutralidade estatal, dentre outros. O adequado exame de tais questões não pode prescindir de uma acurada análise das disposições constitucionais sobre o tema.

O presente artigo tem por objetivo desenvolver uma análise introdutória nesse sentido, buscando definir qual o modelo de Estado laico

¹ Mestranda em Direitos Humanos Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta. E-mail: jessicareisadvocacia@gmail.com.

² Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. E-mail: lucasoliveiraviana@gmail.com

prestigiado pela Constituição Federal brasileira, qual deve ser a postura estatal em face das confissões religiosas em tal modelo, qual o tratamento constitucional dispensado à liberdade religiosa e qual a implicação de tais considerações para a solução de questões práticas concernentes ao exercício da liberdade religiosa, principalmente no espaço público.

2. A expressão religiosa no Estado laico

São comuns, quando se trata de expressões religiosas em espaços públicos, referências à laicidade estatal como suposto óbice a tais manifestações. Sem embargo, na maioria das vezes, tal argumento aparece desacompanhado de uma fundamentação adequada de por quais razões a laicidade estatal seria incompatível com a expressão religiosa em exame. É imprescindível, portanto, que se conceituem os termos, notadamente o Estado laico.

O Dicionário de Política de Norberto Bobbio traz a definição de Valerio Zanone, segundo a qual o Estado laico:

[...] é separado de confissões religiosas, mas deve garantir a liberdade de religião e de culto a todos os grupos religiosos, sem implementar privilégios nem estruturas de controle direcionadas a certas confissões, salvaguardando assim a autonomia do poder civil de eventual tentativa de controle religioso e, simultaneamente, defendendo as confissões de qualquer tentativa de restrição ao livre exercício de culto por parte do poder temporal. (ZANONE, 2004, p. 670).

Vê-se, de plano, que o Estado laico tem como fito não apenas impedir que a Igreja³ controle o Estado, mas também resguardar as organizações religiosas de interferências estatais. Desse modo, a laicidade, longe de obstruir a expressão religiosa, a beneficia, na medida em que a liberdade do

³ Considerando que a palavra “Igreja” é derivada do grego *ekklesia*, termo utilizado naquela língua de forma abrangente para descrever uma assembleia de pessoas reunidas para fins religiosos (STRONG, 2010), adota-se-a no presente artigo de modo genérico como referente a “organizações religiosas”, seja qual for sua matriz doutrinária.

controle estatal possibilita às igrejas uma atuação livre segundo a sua lógica própria, valendo-se não de capital político, mas de capital religioso e social. (VIANNA; SILVA, 2019).

Nesse sentido é a ponderação de Santos Júnior:

A separação entre o Estado e a Igreja, longe de arrefecer o ânimo religioso, muitas vezes o fortalece, na medida em que incentiva o proselitismo, seja das religiões minoritárias, pela abertura de um espaço que até então lhes era negado, seja da organização religiosa hegemônica, que, órfã das regalias do poder, passa a dinamizar os seus esforços na tentativa de evitar ou minimizar a perda de influência no tecido social. (SANTOS JÚNIOR, 2007, p. 64).

Não há, portanto, uma restrição à liberdade de religião, senão “a emancipação recíproca entre Estado e religiões, para que se permita o livre exercício religioso, efetivando-se, outrossim, direitos individuais de liberdade do cidadão em relação a sua crença e culto.” (NUTO; ALCÂNTARA, 2014, p. 109). Com isso em vista, percebe-se que a laicidade estatal, em vez de oposta à liberdade religiosa, efetivamente visa a sua garantia.

Daí decorre também a conclusão de que a laicidade impõe ao Poder Público deveres de ordem tanto negativa quanto positiva, uma vez que a liberdade religiosa “não consiste apenas em o Estado a ninguém impor religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença”, mas “Consiste ainda, por um lado, em que o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis.” (MIRANDA, 1998, p. 359).

Há, portanto, uma dimensão subjetiva do direito à liberdade de crença que aponta “para o Estado e para os demais indivíduos civis um direito objetivo de proporcionar o exercício efetivo de liberdade religiosa.” (FONSECA, 2014, p. 99). Desse modo, se em certas questões a laicidade estatal exige uma omissão por parte do Estado, em outras a inércia do estatal pode ser ela própria uma violação a esse princípio. Não por outra razão prevê a Constituição Federal a prestação de assistência religiosa em instituições de internação coletiva.

Deve-se ponderar, no entanto, que não há apenas um paradigma de Estado laico, mas vários modelos que se situam dentro de um amplo espectro cujos pólos seriam o que Kuru (2007, p. 571) denomina de “secularismo passivo” e “secularismo assertivo”. No primeiro, o Estado é inerte no estabelecimento de organizações religiosas, mas possibilita a sua visibilidade em espaços públicos. No segundo, de outra banda, há uma tendência do Estado de afastar as religiões da esfera pública, relegando-as ao foro privado. A doutrina, de modo geral, costuma denominar tais posturas, respectivamente, “laica” e “laicista”. (MIRANDA, 2014, p. 7; LENZA, 2014, p. 189; FACHIN, 2017, p. 9; BRASIL, 2010, p. 11; CALSING *et al.*, 2017).

É importante enfatizar que tais visões distinguem-se qualitativamente, não quantitativamente. Um Estado de laicidade assertiva não é “mais laico” que outro de posição passiva. Trata-se, sim, de perspectivas fundamentalmente distintas acerca do papel da religião na constituição do indivíduo e da sociedade. É importante que se questione, por outro lado, qual destes modelos melhor preserva a liberdade religiosa.

Como visto, a distinção fundamental entre ambos os paradigmas está em que o laicismo restringe a expressão pública da religiosidade. Tem-se, no entanto, um conflito com aquelas religiões nas quais a manifestação pública é ínsita à doutrina teológica. É que, para algumas vertentes religiosas, negar-lhes a possibilidade de manifestação pública termina por atingir o núcleo (*cluster*) do direito à liberdade religiosa. Em vista disso, o STF já decidiu que o Poder Judiciário não pode censurar declarações religiosas, ainda que eventualmente exageradas, uma vez que, conquanto possam ser consideradas “infelizes”, “fogem ao espectro de atuação do estado-juiz.” (BRASIL, 2016).

Uma postura estatal que manifesta despreço pela manifestação religiosa pública é, ela própria, uma visão religiosa, e “Estado laico não significa Estado ateu, pois o ateísmo não deixa de ser uma concepção religiosa.” (SARMENTO, 2006, p. 308). Quando se clama por neutralidade do Estado na matéria religiosa, deve-se primeiro considerar que “a neutralidade do Estado não significa a arreligiosidade ou o ‘ateísmo’ público. Com

efeito, o ateísmo público não constitui propriamente um caso de neutralidade religiosa senão uma convicção negativa da religião e de toda crença teísta.” (RHONHEIMER, 2009, p. 288-289). Diga-se de outro modo, a postura de neutralidade que relega as religiões à vida privada dos indivíduos é ela própria uma confissão religiosa específica: a de que a religião não tem lugar no campo público e deve permanecer no foro íntimo dos sujeitos.

O que ocorre, por consequência, é a dominação do espaço público por uma crença específica. “Esta laicidade de combate substitui a religião divina por uma religião secular, com os seus grupos de pensamento e seus rituais.” (BRÉCHON apud RANQUETAT JR, 2009, p. 67-75). O Estado laicista não é neutro, mas “[...] porque imbuído de pressupostos filosóficos ou ideológicos (o positivismo, o cientismo, o livre pensamento ou outros), acaba por pôr em causa o próprio princípio da laicidade.” (MIRANDA, 2014, p. 7).

A então Procuradora-Geral da República, Débora Duprat, conquanto atuando em ação que tinha por fulcro limitar a liberdade religiosa, reconheceu que “o laicismo, diferentemente da laicidade, não envolve neutralidade, mas hostilidade diante da religião, e tende a resvalar para posições autoritárias, de restrição a liberdades religiosas individuais.” (BRASIL, 2010, p. 11). Tem-se, como exemplo, o Estado francês, tipicamente laicista, que proíbe que alunos de instituições públicas de ensino utilizem vestimentas ou símbolos que representem ostensivamente sua identidade religiosa. (FRANÇA, 2004)⁴.

Medidas como esta são altamente violadoras de liberdade religiosa e não guardam correlação direta com a necessidade de separação entre Igreja e Estado, uma vez que tal distinção “não pode [...] implicar o isolamento daqueles que guardam uma religião à sua esfera privada.” (FACHIN, 2017, p. 8-9). A laicidade estatal “não determina necessariamente desconhecimento da realidade social e cultural religiosa, nem relega as confissões religiosas para a esfera privada.” (MIRANDA, 2014, p. 6).

⁴Il est inséré, dans le code de l'éducation, après l'article L. 141-5, un article L. 141-5-1 ainsi rédigé : Art. L. 141-5-1. - Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. Le règlement intérieur rappelle que la mise en oeuvre d'une procédure disciplinaire est précédée d'un dialogue avec l'élève.

Há, ainda, ao nosso ver, um problema de nível fundamental em tais medidas, que diz respeito à independência de ordens entre Estado e Igreja. Por mais que tal noção seja de difícil aceitação para a cosmovisão laicista que prepondera no cenário acadêmico contemporâneo, a razão fundamental pela qual o Poder Público não pode restringir a manifestação das organizações religiosas (salvo quando viole direitos fundamentais) é porque o Estado efetivamente não possui jurisdição sobre elas.

Como explica Jacques Maritain, a soberania do Estado “provém do corpo político e exerce-se apenas em face de quem é parte da sociedade política, o que não é o caso da Igreja; Igreja e Estado transitam em esferas distintas e ambos são autônomos e independentes em suas próprias ordens.” (AZEVEDO, 2016, p. 122). A relação presente não é de subordinação, mas de coordenação. A liberdade religiosa é, em verdade, um direito de defesa, funcionando “como uma espécie de campo de força a proteger a igreja contra a interferência estatal em sua autodeterminação espiritual e em suas atividades eclesíásticas. Nesse terreno o Estado não pode tocar.” (CARVALHO et al., 2006, p. 38).

Feitas tais considerações, cumpre questionar quais seriam, então, as medidas que caracterizam um Estado verdadeiramente laico que prestigia a liberdade religiosa? Aos vários conceitos já explanados, agrega-se o de Beckford e Demerath (2007, p. 724), que entendem que, para que um Estado seja laico, ele não precisa banir a expressão religiosa dos espaços públicos, mas garantir que as instituições políticas não tenham por base de legitimidade as instituições religiosas, e sim a soberania ou vontade popular. Em síntese, a religião não precisa estar ausente da sociedade, mas não pode dominá-la. (SILVA, 2016, p. 166).

Se o Estado laicista assume “uma atitude de intolerância e hostilidade estatal em relação às religiões” (LENZA, 2014, p. 189), em prejuízo da própria neutralidade que busca tutelar, o Estado laico, por sua vez, reconhece o valor do fenômeno religioso para a sociedade, e, longe de extirpá-lo absolutamente do âmbito estatal, “incentiva as expressões de religiosidade no espaço público, chancelando-as de diversos modos, como, por exemplo,

favorecendo o estabelecimento de capelanias em corporações militares.” (SANTOS JÚNIOR, 2007, p. 4).

3. O Estado laico previsto na CRFB/88

Vista a diferença entre as posturas assertiva e passiva, é oportuno que se reflita sobre qual destes paradigmas é prestigiado pela Constituição Brasileira. Para tanto, é necessária uma hermenêutica sistemática das disposições constitucionais sobre o tema.

A laicidade do Estado brasileiro encontra sua principal exposição no art. 19 da Constituição Federal, o qual prescreve à União e outros entes federados a vedação de “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;” (BRASIL, 1988). No âmbito dos direitos fundamentais, tem-se, como decorrência desse princípio, os direitos à “liberdade de consciência e de crença” (art. 5º, VI), e a vedação à privação de direitos “por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política” (art. 5º, VII), cujos dispositivos não serão transcritos a fim de evitar tautologia.

De plano, destacam-se no texto constitucional diversas previsões que, valorizando a expressão religiosa, apontam para a guarida de um paradigma laico, não laicista, dentre as quais: a dispensa dos eclesiásticos da prestação de serviço militar obrigatório (art. 143, §2º); a imunidade tributária dos templos de qualquer culto (art. 150, VI, b); a previsão de ensino religioso, de matrícula facultativa, nas escolas públicas de ensino fundamental (art. 210, §1º); os efeitos civis do casamento religioso (art. 226, §2º); a possibilidade de destinação de recursos públicos a escolas confessionais de caráter não-lucrativo (art. 213); e a já citada garantia de prestação de assistência religiosa a internos (art. 5, VII).

Afonso da Silva (2010, p. 97) denomina os fartos dispositivos nesse sentido de “pontos de contato” entre Estado e religião, os quais, na visão

do autor, revelam que a separação entre Estado e Igreja possui um viés não de desconsideração, mas de independência. “Nossa Carta, ao invés de reprimir ou represar as religiões à esfera privada (ideia laicista), apresenta um modelo de laicidade que favorece o fenômeno religioso.” (SILVA JÚNIOR, 2019, p. 31).

De semelhante modo, Levandowski (2017, p. 9) conclui que essas prescrições prestigiam, “direta ou indiretamente, a multiconfessionalidade e o pluralismo religioso do povo brasileiro”, e que “tais pontos de contato permitem inferir, com a certeza necessária, que laicidade não implica descaso estatal para com a religião”, pelo contrário, implica “consideração para com a diferença, de maneira tal a prever a colaboração de interesse público entre o Estado e as distintas confissões religiosas, reputada a tal ponto necessária e relevante que chega a ostentar envergadura constitucional.”

Conforme explicitado em obra conjunta de Gomes Canotilho, Ingo Sarlet, Lenio Streck e Gilmar Mendes:

[...] o regime constitucional brasileiro é de não identificação (Estado laico) com separação, o que não significa, vale frisar, oposição, que está presente numa concepção laicista (ao estilo francês), de relativa hostilidade à religião. Nem indiferente, e ainda menos hostil, a Constituição revela-se atenta, separada, mas cooperativa, não confessional, mas solidária, tolerante em relação ao fenômeno religioso. (CANOTILHO *et al.*, 2013, p. 708).

Vê-se, pois, que o espírito constitucional concebe o fenômeno religioso não como uma possível ameaça que deve ser restringida, e sim como um direito humano básico que o Estado deve garantir inclusive com prestações positivas. A justificativa está no fato de que a religião não é mera superstição, mas parte do “universo de escolhas existenciais básicas de uma pessoa, sendo expressão nuclear da dignidade humana.” (BARROSO, 2018).

Salientamos, apenas, que o emprego da palavra “escolha” feito por Barroso deve ser utilizado com cautela. Para aquele que professa uma religião que se afirma universal, crer em sua doutrina não é um ato de escolha, mas uma aceitação da verdade. Por isso, acertada a exposição de Fachin ao explicar que “a religião é, para quem segue seus preceitos, mais do que uma

simples visão de mundo, mas a condição de verdadeira existência.” (FACHIN, 2017, p. 7). Quando ocorre uma “conversão”, por exemplo, há uma verdadeira ruptura biográfica, na qual o sujeito muda radicalmente o seu modo de ver o mundo e viver. (BERGER; LUCKMANN, 2003).

Sendo a religião um elemento constitutivo tão fundamental do sujeito que a professa, o Estado que “se organiza juridicamente para proteger o ser humano, tendo como fundamento máximo a dignidade deste e objetivo fundamental a sua proteção (artigo 1º e 3º da CRFB/88), não pode, sob hipótese nenhuma, olvidar da espiritualidade da pessoa humana.” (VEIRA; REGINA, 2018, p. 125). Tampouco pode um Estado laico ignorar a dimensão pública da fé religiosa, a qual é ínsita a diversas confissões. Sobre o proselitismo religioso, por exemplo, já decidiu o STF que “a liberdade religiosa não é exercível apenas em privado, mas também no espaço público, e inclui o direito de tentar convencer os outros, por meio do ensinamento, a mudar de religião.” (BRASIL, 2018). Como disse Fachin, no voto da referida ação, “nas hipótese de religiões que se alçam a universais [...] o discurso proselitista é da essência do seu integral exercício.”

É indeclinável, ainda, em um trabalho sobre o assunto, que se trate da invocação à proteção de Deus no preâmbulo constitucional. O STF já teve a oportunidade de afirmar que o trecho que clama pela proteção divina não é de reprodução obrigatória nas constituições estaduais, declarando a ausência de força normativa no respectivo texto. (BRASIL, 2003). É curioso, todavia, que em outros julgamentos tanto STF quanto STJ já reconheceram a força do preâmbulo como fator interpretativo das normas constitucionais. (SILVA JÚNIOR, 2019, p. 72). Por todos, exemplificativamente: MS nº 26.071 e REsp nº 575.280.

Nesse norte também é a contribuição de Alexandre de Moraes, antes de ser ministro do STF: “o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem.” (MORAES, 2009, p. 20-21). Ora, se princípios preambulares como a construção de uma sociedade “sem preconceitos” auxiliam a interpretação de normas ligadas ao tema, a

invocação da proteção de Deus contribui para a adequada interpretação da laicidade estatal e da liberdade religiosa.

O autor afirma, ainda, que o preâmbulo constitucional “por traçar as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição, será uma de suas linhas mestras interpretativas.” (MORAES, 2009, p. 49). Em outras palavras, o preâmbulo traz à luz “as premissas morais, ideológicas e filosóficas” do texto constitucional. (VIEIRA; REGINA, 2018, p. 76). Ele “foi aprovado juntamente com a Constituição e às vezes de maneira até mais explícita certos pontos que mais adiante serão retornados pelo Texto Constitucional.” (BASTOS; MARTINS, 2004, p. 410). Ou, como arrematam Vieira e Regina (2018, p. 76) em uma notável analogia, o preâmbulo serve como uma “abóboda do Texto Magno, sendo seu adorno estético ao mesmo passo em que mantém a estrutura ao distribuir sua carga.”

Em que pese não ser essa a posição majoritária no STF (que defende que o preâmbulo não integra o texto constitucional), Carvalho (2002, p. 623) lembra que o preâmbulo “é criação do poder constituinte, da mesma forma que o é o articulado normativo da Constituição: o preâmbulo e as normas jurídicas constitucionais são aprovados segundo o mesmo processo, passando a integrar materialmente a Constituição.”

Por fim, tem-se que a exegese constitucional da relação entre Estado e Igreja deve ser norteada pelo dispositivo que traz justamente o critério de cooperação entre ambas as entidades, qual seja, o “interesse público” (art. 19, I). Deve-se inquirir, contudo, qual é o interesse público compartilhado tanto pelo Poder Público quanto pela religião. Comentando sobre o tema, Vieira e Regina dissertam:

Qual é o interesse público do Brasil? *O interesse último é o bem comum dos seus jurisdicionados*, e, aqui, precisamente no dispositivo constitucional de separação das ordens materiais e espirituais que o Estado reconhece o objetivo final em comum de ambas as instituições, qual seja, o bem comum. (VIEIRA; REGINA, 2018, p. 131, destaque nosso)

A intersecção, pois, entre as finalidades de Estado e Igreja é, em última instância, o bem comum dos seres humanos. Essa convergência foi percebida pelo Constituinte, que imprimiu nos diversos dispositivos constitucionais já vistos o que numerosos doutrinadores denominam de *princípio da cooperação*, o qual traduz que “o Estado cooperará com as igrejas e confissões religiosas, principalmente para a promoção dos princípios e direitos e garantias fundamentais.” (CANOTILHO *et al.*, 2013, p. 707).

O espírito constitucional brasileiro, portanto, é absolutamente incompatível com um modelo laicista como o presente na França. Como expõe Aloísio Cristóvam:

[...] a compreensão de de que o modelo de laicidade adotado atualmente pelo Estado brasileiro é tendente ao favorecimento da expressão religiosa é muito importante quando da interpretação dos preceitos legais do nosso ordenamento jurídico que se inserem na temática da liberdade de organização religiosa. Isso porque evita que o intérprete do direito incorra no equívoco de, na aplicação das normas que compõem o nosso ordenamento, recorrer a propostas hermenêuticas importadas de países que adotam um modelo que pretende confinar a religião ao foro íntimo dos indivíduos ante sua flagrante incompatibilidade com o ordenamento constitucional. (SANTOS JÚNIOR, 2008, s.p.)

O autor conclui que, naturalmente, está sempre aberta a possibilidade de “no plano filosófico, [...] discutir a justeza do modelo adotado e se ele representa o que há de mais avançado ou retrógrado na vivência democrática”, mas o que não pode ocorrer é que o aplicador do Direito, “em nome de posições filosóficas pessoais ou pelo mero desejo de imitar soluções doutrinárias e jurisprudenciais adotadas em países cujo modelo de laicidade seja diferente, despreze o modelo que representa uma opção clara do constituinte brasileiro.” (SANTOS JÚNIOR, 2008, s.p.).

Temos, pois, um paradigma constitucional de Estado laico que prestigia as manifestações religiosas, sem que, com isso, manifeste despreço pelas cosmovisões que não professam nenhuma religião, mas reconhecendo a importância e a relevância do fenômeno religioso para a sociedade como um todo.

4. Implicações para questões práticas

4.1. Pessoas religiosas na política

Um fenômeno que desperta constantes críticas por defensores de uma laicização estatal é a presença de figuras religiosas no cenário político brasileiro, notadamente no Congresso Nacional. Diz-se que a atuação de tais parlamentares segundo seus valores religiosos violaria a laicidade estatal.

A crescente presença de evangélicos na política brasileira já se tornou inclusive objeto de pesquisas nas esferas da Sociologia, Antropologia e Ciência Política. (MEZZOMO; BONINI, 2011). Alguns autores perceberam de forma negativa tal conjuntura, como, por exemplo, Mirla Regina da Silva Cutrim (2010, s.p.), que afirma que “o poder religioso é uma novidade das mais recentes eleições, não só porque passa por cima das leis humanas e das leis de Deus, mas devido aos meios e artifícios utilizados pelas lideranças políticas, tudo com o indigesto aval das lideranças religiosas.” Para a autora (e outros) configura-se no caso um ilícito de “abuso de poder religioso” (análogo ao abuso de poder econômico), a merecer “a repressão legal da justiça eleitoral.” (CUTRIM, 2010, s.p.).

Alguns autores vão além e defendem, por exemplo, a desincompatibilização dos ministros a partir de sua candidatura. (SILVA; ASSUNÇÃO, 2013). Cabe mencionar, também, que já houve o reconhecimento judicial da figura do abuso de poder religioso pelo TRE/RJ, no julgamento do Recurso Eleitoral nº 49381, e pelo TRE/AL no julgamento da AIME nº 3433-03.2010.6.02.0000, este último suspenso posteriormente por liminar concedida no TSE.

Abstendo-nos das questões jurídicas formais envolvidas no caso (impossibilidade de criação de ilícito por analogia), temos que Valmir Nascimento Milomem Santos aponta acertadamente que o combate ao dito abuso de poder religioso “é assentado em pressupostos equivocados na compreensibilidade tanto da religião quanto do seu relacionamento com o

Estado”, trazendo consigo “uma carga ideológica negativa da religiosidade e uma visão igualmente tacanha dos religiosos, tidos como desprovidos de discernimento racional e incapazes de pensarem autonomamente”, bem como “desconsidera o papel da igreja como agente sociopolítico, com esteio em premissas enganosas sobre o princípio da laicidade.” (SANTOS, 2014, p. 94). É uma visão que “empobrece a ideia de Estado laico, como se fora o oposto e o adversário da tradição cultural-religiosa das pessoas.” (MENEZES, 2016, p. 187).

Afastar a participação legítima da igreja no espaço público é uma distorção da perspectiva constitucional de Estado laico, porque “interpreta o ideal positivo de ‘liberdade religiosa’ de forma distorcida, dando-lhe o sentido de ‘liberdade de toda influência religiosa’ - que são coisas completamente diferentes.” (GRUDEM, 2016, p. 17-19). O Estado não pode ser cindido absolutamente das pessoas, pois “o Estado é uma abstração. Sem as pessoas, a figura do Estado é uma quimera. Não existe Estado sem as pessoas. Os próprios governantes são pessoas e têm naturalmente a sua carga cultural.” (MENEZES, 2016, p. 187). O Estado, conclui o autor, “somos nós, são as pessoas, são os cidadãos, pessoas que têm valores, têm crenças, têm credences, têm visões de mundo, laicas e/ou religiosas.”

Como pontuado por Santos (2014, p. 95), não é somente a religião que influencia o voto do eleitor, mas qualquer ideologia, doutrina ou filosofia. Outros grupos sociais também seguem orientações de seus líderes sobre como votar de um modo que seja coerente com a filosofia desse grupo, e isso ocorre com os ruralistas, ambientalistas, entidades sindicais, coletivos de minorias, etc. Nada mais natural em uma democracia representativa como a brasileira. O problema é que “nessas situações, a influência é considerada legítima, como o simples exercício da liberdade de pensamento e convicção filosófica”, mas quando o “o mesmo ocorre na esfera religiosa, o fenômeno passa a ser taxado de ‘abuso de poder religioso’.” (SANTOS, 2014, p. 95).

Adotar essa postura é ignorar a possibilidade de contribuições frutíferas da religião no espaço público. Rosa Weber (BRASIL, 2018) afirma que é

“difícil afirmar que seria desejável que as pessoas religiosas mantivessem suas convicções divorciadas de suas políticas, mesmo que isso fosse possível para elas”, e exemplifica que “Martin Luther King Jr. era um homem de fé, e ele invocou sua religião para condenar o preconceito, com grande efeito.” É forçoso reconhecer que, no cenário político brasileiro, a maior parcela dos parlamentares religiosos pouco se assemelham a MLK, e acabam por adotar posturas de “guerra santa” que em nada contribuem para o desenvolvimento do respeito à presença religiosa na esfera pública. Sem embargo, esse é um problema oriundo não dessa presença em si, mas de considerável desqualificação de tais representantes. Essa, contudo, é uma celeuma da conjuntura política do Brasil como um todo, e não apenas dos religiosos.

Tem-se, portanto, que não há incompatibilidade na atuação política embasada em valores religiosos, desde que essa atuação vise ao bem da sociedade como um todo, e não ao favorecimento de uma confissão religiosa específica.

4.2. A guarda do sábado

O sábado, na Bíblia judaico-cristã, é santificado por Deus, como se lê em Êxodo 20.8-10: “Lembra-te do dia do sábado para o santificar, seis dias trabalharás e farás todo o teu trabalho, mas o sétimo dia é o sábado, o dia do Senhor teu Deus.” (BÍBLIA, 2008, p. 102). Baseadas neste texto bíblico, várias religiões no Brasil tem como doutrina a guarda do sábado, segundo a qual não se deve realizar nenhuma atividade, a não ser religiosa, neste dia. Sobre o tema, Soler (2010), traz o exemplo dos Adventistas do Sétimo Dia, os quais cumprem literalmente os Dez Mandamentos, especialmente a guarda do sábado, tendo este como dia de descanso, prática indispensável para a sua salvação. Com base nesta crença, muitos religiosos recusam-se a realizar concursos públicos, atividades seculares obrigatórias ou até mesmo trabalhar no dia de sábado.

Na jurisprudência há constante alteração sobre o tema, havendo julgados que entendem por prestigiar a liberdade religiosa e de crença no

caso, enquanto outros decidem pelo princípio da equidade ou supremacia do interesse público. Relativamente aos concursos públicos, por exemplo, o Min. Marco Aurélio já prolatou decisão permitindo a um candidato adventista realizar “a prova em horário diverso do designado, ficando imposta a cabível incomunicabilidade.” (BRASIL, 2002). Atualmente, foi reconhecida a Repercussão Geral do tema no ARE nº 1.099.099/SP, ainda pendente de julgamento.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul há uma tendência no sentido de não fornecer tratamento diferenciado ao particular, levando em consideração o interesse público sobre o privado, entendendo até que ao se “respeitar” a liberdade de crença do indivíduo estar-se-ia dispensando a ele um tratamento diferenciado, quiçá privilegiado.

Ao nosso ver, deve haver uma preponderância do direito à liberdade religiosa em relação à suposta isonomia. Diz-se suposta porque frequentemente se ignora que o candidato sabatista permanece em regime de incomunicabilidade, sem acesso a cadernos ou qualquer outro meio que lhe permita estudar mais do que os outros concorrentes. Em verdade, enquanto os outros candidatos geralmente ingressam na prova oriundos diretamente de suas casas (e, portanto, descansados), o sabatista inicia seu exame após permanecer em uma sala, incomunicável, por diversas horas, com toda a fadiga mental que isso ocasiona e com todas as limitações de conforto inerentes à situação. Dizer que tal garantia viola a isonomia constitucionalmente prevista é ter uma visão excessivamente formalista da igualdade. Como pontua Silva Júnior (2019, p. 63), discriminar não é tratar situações distintas como se iguais fossem, visto que “os diferentes devem ser tratados de forma diversa, na medida em que não se identifiquem.” É o já extensivamente trabalhado princípio da igualdade material.

Na seara trabalhista, visualizam-se julgados do TRT-15 e TRT-3 entendendo pela impossibilidade de que seja alterado o contrato de trabalho de modo a impor ao empregado o trabalho em dia que considera de descanso sagrado (RO nº 00106615120165150061 e RO nº 00007458420115030066). O TST, por sua vez, chegou a decidir que, no

caso de conversão de empregado que já desempenhava atividade laboral ao sábado, deve a empresa ajustar sua jornada de trabalho de modo a permitir o regular exercício da sua visão religiosa. (BRASIL, 2015).

Relativamente a estudantes sabatistas, a questão foi pacificada com a inserção do art. 7º-A na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, prescrevendo ao aluno possibilidade de “mediante prévio e motivado requerimento, ausentar-se de prova ou de aula marcada para dia em que, segundo os preceitos de sua religião, seja vedado o exercício de tais atividades.” (BRASIL, 2019a). O surgimento de tal legislação demonstra um avanço no reconhecimento da importância da liberdade religiosa como constitutivo nuclear da dignidade humana.

Por fim, outro exemplo de um importante reconhecimento judicial da liberdade religiosa foi o julgamento do STF pela constitucionalidade do sacrifício de animais para fins religiosos, reconhecendo que a prática constituía uma dimensão essencial de diversas confissões. (BRASIL, 2019b). O julgamento configura um avanço importante na superação do preconceito a que estão submetidas muitas vezes as religiões afro.

5. Considerações finais

Observam-se contínuos protestos dirigidos contra a presença da religião no espaço público, bem como uma tendência em alguns órgãos do Judiciário de menosprezo à dimensão espiritual da dignidade da pessoa humana. Não obstante, muitas vezes as ações de restrição à liberdade religiosa aparecem fundamentados genericamente na fórmula “O Estado é laico!”. É oportuna, no ponto, a análise feita por Santos Júnior:

As declarações noticiadas pela mídia que afirma a laicidade do Estado brasileiro transmitem a impressão de que se está perante um conceito perfeitamente compreendido por todos. Nada mais enganoso. O que se observa frequentemente é o emprego irrefletido da expressão por indivíduos que, para sustentar sua opinião favorável ou antagônica ao fato religioso, esgrimem-na como mero argumento retórico jejuno de qualquer compromisso

com o significado jurídico da laicidade e, o que é pior, divorciado de uma compreensão adequada do tratamento outorgado pela ordem constitucional brasileira ao fenômeno religioso. (SANTOS JÚNIOR, 2014, p. 72)

É lamentável constatar que, não raras vezes, as investidas à liberdade religiosa possuem um substrato mais político e ideológico do que jurídico, e suas afirmações aparecem carregadas de um preconceito subliminar contra o fenômeno religioso. Tende-se a ver a religião como “superstição” ou “crendice”, e os líderes religiosos como “manipuladores”. Data vênua, parece-nos que a consequência de seguir-se tais medidas não seria a concretização de um Estado laico, mas a laicização mesmo da sociedade civil, ou pelo menos a deslegitimação, para o debate público, da parcela dessa sociedade que seja constituída de indivíduos com valores religiosos.

Não obstante, tal configuração é incompatível com uma análise acurada do papel relegado pelo ordenamento constitucional às religiões, que encontram ampla proteção e prestígio na Constituição brasileira, com possibilidade inclusive de cooperação com o Poder Público. É mister que haja, nos âmbitos judicial e acadêmico, uma recuperação do reconhecimento do valor da liberdade religiosa, a fim de solucionar com justeza questões complexas que demandem uma atuação estatal mais específica, como a garantia da guarda de dias sagrados.

Referências

AZEVEDO, M. S. S. de. Jacques Maritain e os Princípios que Regem as Relações entre a Igreja e o Estado. **Lex Humana**, Petrópolis, v. 7, n. 1, p. 118-135, 2015, ISSN 2175-0947. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/viewFile/740/370>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

BARROSO, L. R. **Voto na ADI nº 4.439**. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/08/ADI-4439-vers%C3%A3o-final.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. da S. **Comentários à Constituição do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988**. 2 vol., 3.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

BECKFORD, J. A.; DEMERATH, N. J. **The sage handbook of the Sociology of Religion**. London: Sage Publication, 2007.

BERGER, P.; LUCKMANN, T. **A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2004.

BÍBLIA SAGRADA. **Almeida corrigida e revisada fiel**. Barueri/SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2008.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.796/19. Altera a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Publicada em: 3 jan. 2019. 2019a.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. **Petição Inicial da ADI nº 4.439**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=635016&tipo=TP&descricao=ADI%2F4439>>. 2010. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2.076**. Julgado em 15 out. 2002, publicado no DJ em 8 ago. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento da ADI nº 2.566**. Julgada em: 16 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento do RE n. 494.601**. Julgado em 28/03/2019. 2019b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **RHC 134.682/BA**, Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em 29 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança nº 2.144**. Publicada em 18/04/2002.

BRASIL. TST. 1ª Turma. **Recurso de Revista n. 51400-80.2009.5.21.0017**. Julgado em: 24 jun. 2015.

CALSING, R. de A; SANTOS, J. E; SANTOS, C. C. O estado laico na atualidade: uma análise comparativa da laicidade nos ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol. **Revista Brasileira de Direito**. v. 13. n. 2. 2017.

CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L.(Coords.). **Co-mentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2.380p.

CARVALHO, D. da C.; CARVALHO, R. da S.; CARVALHO, R. da C. **A igreja e o Direito**. Rio de Janeiro: Sabre, 2006.

CARVALHO, K. G. **Direito Constitucional didático**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CUTRIM, M. R. da S. **Abuso do poder religioso: uma nova figura no Direito eleitoral?** 2010. Disponível em: <<https://asmac.jusbrasil.com.br/noticias/2388379/abuso-do-poder-religioso-uma-nova-figura-no-direito-eleitoral>>. Acesso em: 20 out. 2019.

FACHIN, L. E. **Voto na ADI nº 4.439**. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoFachinEnsinoReligioso.pdf>>. Acesso em 31 out. 2018.

FONSECA, F. T. da. **A liberdade religiosa como direito fundamental e a laicização do estado democrático de direito**. Pouso Alegre – MG: FDSM, 2014. 161p. Tese para mestrado em Direito. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/mestrado/arquivos/dissertacoes/2014/07.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

FRANÇA. **Lei nº 2004-228, de 15 de março de 2004**. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000417977&categorieLien=id>>. Acesso em: 31 out. 2018.

GRUDEM, W.; ASMUS, B. **Economia e política na cosmovisão cristã** – Contribuições para uma teologia evangélica. Trad. Marcio L. Redondo e A. G. Mendes. São Paulo: Vida Nova, 2016.

KURU, A. T. Passive and Assertive Secularism: Historical Conditions, Ideological Struggles, and State Policies toward Religion. **World Politics**. v. 59, n. 4, Jul. 2007, p. 567-594. Disponível em: <https://ahmetkuru.sdsu.edu/docs/Kuru_WP.pdf>. Acesso em: 31 out. 2018.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquemático**. 18. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEWANDOWSKI, R. **Voto na ADI nº 4.439**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439MRL.pdf>>. Acesso em 31 out. 2018.

- MENEZES, O. Voto no REsp nº 1.536.895-RJ. Em: **RSTJ**, a. 28, (241): 27-100, janeiro/março 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/stj-revista-eletronica-2016_241.pdf>. Acesso em: 20 out. 2019.
- MEZZOMO, F. A. BONINI, L. G. O religioso em contexto político-eleitoral: eleições proporcionais de Campo Mourão/PR. **Revista Brasileira de História das Religiões**. ANPUH, Ano IV, n. 11, set. 2011.
- MIRANDA, J. Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade. **OBSERVATÓRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**. Brasília: IDP, Ano 7, n. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564. Disponível em: <<https://portal.idp.emnuvens.com.br/observatorio/article/viewFile/956/647>>. Acesso em: 05 abr. 2018.
- MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1998.
- MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- NUTO, J. V. C.; ALCÂNTARA, P. I. S. de. O uso de símbolos religiosos em repartições públicas: uma análise histórica sobre o alcance da laicidade. In: Conselho Nacional do Ministério Público. **Ministério Público em defesa do Estado laico**. Brasília: CNMP, 2014.
- RANQUETAT JR., C. LAICIDADE, LAICISMO E SECULARIZAÇÃO: DEFININDO E ESCLARECENDO CONCEITOS. **Revista Sociais e Humanas**, [S.l.], v. 21, n. 1, p. 67-75, dez. 2009. ISSN 2317-1758. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/sociaisehumanas/article/view/773>>. Acesso em: 12 jan. 2019.
- RHONHEIMER, M. Cristianismo y laicidad. Historia y actualidad de una relación compleja. **Revista Empresa y Humanismo**, Vol. XIII, 2/10, pp. 265-300. Madri: Rialp, 2009.
- SANTOS JÚNIOR, A. C. **A laicidade estatal no direito constitucional brasileiro**. Artigo publicado em ASSETJ Online, n. 142, 04/05/2008.
- SANTOS JÚNIOR, A. C. In: ROSA SILVA JÚNIOR, Antônio Carlos; MARANHÃO, Ney; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Orgs). **Direito e Cristianismo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Betel, 2014.
- SANTOS JÚNIOR, A. C. **Liberdade de Organização Religiosa e o Estado Laico Brasileiro**. São Paulo: Mackenzie, 2007.

SANTOS, V. N. M. “Abuso do poder religioso”: a influência da religião evangélica no processo eleitoral brasileiro. In: SANTANA, U.; MORENO, J.; TAMBELINI, R. (orgs). **O direito de liberdade religiosa no Brasil e no mundo**. ANAJURE, 2014.

SARMENTO, D. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, C. A. Símbolos religiosos em espaços públicos: para pensar os conceitos de laicidade e secularização. **Numen**: revista de estudos e pesquisa da religião, Juiz de Fora, v.19 n.2, 2016, p. 154-173. Disponível em: <<https://numen.ufjf.emnuvens.com.br/numen/article/viewFile/2968/2245>> Acesso em: 31 out. 2018.

SILVA, A. A.; ASSUNÇÃO, M. de C. M. A desincompatibilização de sacerdotes e o abuso de poder religioso nas eleições. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3797, 23 nov. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25860>>. Acesso em: 20 out. 2019.

SILVA JÚNIOR, A. C. da R. **Manual Prático de Direito Religioso**. São Paulo: Fonte Editorial, 2019.

SILVA, J. A. da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOLER, M. **A igreja e o direito brasileiro**: uma análise das leis e sua aplicação na vida das igrejas. São Paulo: LTr, 2010.

VIANNA, L. O.; SILVA, R. P. . O Ensino Religioso Confessional nas Escolas Públicas: Garantia Constitucional de um Estado Laico ou Catequese Institucional de um Estado Confessional?. In: **I Congresso Nacional de Biopolítica e Direitos Humanos**, 2018, Ijuí. I Congresso Nacional de Biopolítica e Direitos Humanos, 2018.

VIEIRA, T. R. REGINA, J. M. **Direito Religioso**: questões práticas e teóricas. Porto Alegre: Concórdia, 2018. 520p.

ZANONE, V. Laicismo. In: BOBBIO, N.; MATEUCCI, N.; PASQUINO, G. (org.). **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen C. Varriale. 5 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

Direitos humanos na relação com a educomunicação e a cidadania

*Luciana Klein*¹

*Véra Lucia Spacil Raddatz*²

1 Considerações iniciais

Os direitos humanos são universais e as fronteiras do Estado são indivisíveis. É a partir desses conceitos que construímos uma cidadania planetária, uma sociedade civil mundial que respeite as diferenças, fundada na alteridade e na tolerância. Também faz parte desta reflexão pensar os direitos humanos como parâmetro ético para compreender a importância da igualdade de direitos, da justiça e da equidade, que têm como princípio básico o respeito a todas as pessoas, independentemente da nacionalidade, etnia, cor, sexo, religião, classe social, filosofia política ou idade. Esta perspectiva universalista respeita os diferentes e defende a dignidade humana, porque o mais importante é o respeito à vida e à liberdade.

A proteção dos direitos inerentes à pessoa humana enseja um elaborado rol de direitos e garantias, os quais se encontram previstos nos documentos nacionais e internacionais, que têm por finalidade proporcionar dignidade à pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, por sua

¹ Mestranda do PPGD Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos - da UNIJUÍ, Bolsista UNIJUÍ, graduada em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina-UNISUL. Advogada atuante desde 2011. E-mail: lucianakleinadvogada@gmail.com.

² Doutora em Comunicação e Informação; Professora do PPGD - Programa de Pós Graduação em Direito- Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos - e dos Cursos de Jornalismo e Publicidade e Propaganda da Unijui. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Governança e Democracia. E-mail: verar@unijui.edu.br.

vez, compreende o seu desenvolvimento nos seus diversos aspectos, físico, intelectual, afetivo e social, e não apenas econômico.

Diante desse contexto, a educação assume a tarefa social de despertar nas pessoas a consciência de si e do outro no mundo, contribuindo, de forma relevante, para o seu crescimento formativo e informativo, favorecendo o seu exercício ativo em todos os processos de sua história, pois, o que se busca é elevar o homem a categoria de sujeito de sua própria história. (LIMA 2013).

A educação, como um direito humano e fundamental, está relacionada diretamente à concretização dos direitos humanos e da cidadania e pode ser uma das principais ferramentas para humanizar os sujeitos na sua essência constitutiva. Preparar para a cidadania e os direitos humanos implica uma necessária mudança cultural, consagrando valores como o da dignidade, da igualdade, da justiça e da solidariedade.

Entender este momento e se reorganizar, eleger novos currículos e novas práticas mais atualizadas, assim como rever-se não como único local de aprendizagem ou local legitimador de saberes, são outros e primeiros desafios postos para a escola. A escola, assim, defendida pode ser vista como um ecossistema comunicativo e que, por isso, deve entender (e desvelar) a sociedade, seus modelos, suas interações, linguagens, escritas, representações e narrativas, aspectos que afetam todas as demais relações, como o lazer e o trabalho, o público e o privado, a vida cotidiana, saberes e rotinas (MARTÍN-BARBERO, 2014).

Nas transformações e conquistas da humanidade, encontram-se os direitos humanos e em seu âmbito, o direito à educação, disciplinado em lei, mas indefeso no que diz respeito a sua proteção e efetivação. Por isso, a relevância do entendimento do direito à educação como um direito fundamental ao homem, sendo, portanto necessário um trabalho de esclarecimento e reflexão acerca da importância do direito de educar-se. Acerca disso, como afirma Carvalho, importante destacar que “Atualmente, o direito à educação perfaz o rol dos direitos humanos, situando-

se no âmbito dos direitos de igualdade, sendo considerado um direito fundamental”. Para o mesmo autor, na verdade, “por ser um direito fundamental está ligado a um núcleo de valores que antecede o próprio Estado, sendo imprescindível que se concretize e que se garanta sua aplicação”. (CARVALHO, 2008, p. 14).

O poder da informação para a formação da conduta moral e política precisa contribuir para o próprio aprimoramento dos valores fundamentais da democracia e do alicerce das suas instituições. O direito à informação está comprometido com a ampliação, o esclarecimento e a prática política, pois a divulgação da informação é essencial, mas neste contexto é simbólica devido ao espectro das formas de comunicação, dos recursos humanos, dos posicionamentos políticos, dos interesses do mercado e, especificamente, do poder de seleção do tipo de informação, da forma de divulgação e do próprio horário da sua exibição. A legitimidade da informação precisa estar ancorada na moralidade pública, nas orientações legais e no compromisso com o esclarecimento público e do público. A informação precisa beneficiar a população, a sua formação, o desenvolvimento social e a atuação equilibrada do mercado. (ZAMBAM, 2018).

O primeiro tópico busca demonstrar o motivo pelo qual se deu a insurgência dos direitos humanos, a sua importância na busca da garantia da dignidade da pessoa humana, bem como a relevância da sociedade em rede para a efetivação da cidadania, levando em consideração a dignidade da pessoa humana. O segundo tópico, tem por finalidade desenvolver de que forma a educação e as tecnologias são indispensáveis para a plenitude da dignidade da pessoa humana e o terceiro tópico aborda o paradigma da Educomunicação para os direitos humanos como forma de transformar a sociedade.

O desenvolvimento do tema observa o método de abordagem hipotético-dedutivo, a partir de referenciais bibliográficos relativos ao assunto e diversas fontes de pesquisa.

2. Direitos humanos, sociedade em rede e cidadania

A Declaração Universal de Direitos Humanos é um marco porque a partir da sua elaboração considera-se a necessidade de garantirem-se direitos mínimos a todos os seres humanos em uma escala global, contudo, os Direitos Humanos não estão todos positivados. Ademais, em que pese à existência de normas jurídicas que proponham sua proteção, as mesmas não garantem uma efetividade igualitária a todos (FLORES, 2009a).

Os direitos humanos são a afirmação da luta dos seres humanos pelo cumprimento de desejos e necessidades vitais no contexto em que estão inseridos. E, portanto, vão muito além dos direitos propriamente ditos, dos direitos positivados, pois o conteúdo basilar dos direitos humanos não é o direito de ter direitos. O conteúdo basilar é o conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados, deverão ser garantidos por normas jurídicas, uma economia aberta às exigências à dignidade e por políticas públicas eficazes (FLORES, 2009b).

Para garantir os direitos humanos não basta uma robustez de normas no ordenamento jurídico do país ou de normas internacionais. É preciso que os sujeitos conheçam seus direitos e deveres, e que ajam para este fim, visando à efetivação da cidadania. Nesse sentido concordamos com Candau e Sacavino (2013, p. 60) ao advertirem que:

[...] não basta construir um arcabouço jurídico cada vez mais amplo em relação aos Direitos Humanos. Se eles não forem internalizados no imaginário social, nas mentalidades individuais e coletivas, de modo sistemático e consistente, não construiremos uma cultura dos Direitos Humanos na nossa sociedade. E, neste horizonte, os processos educacionais são fundamentais.

Com o surgimento das Constituições os direitos dos seres humanos, “emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das condições de vida que essas lutas produzem” (BOBBIO, 1992, p.32) e a cada momento em que a sociedade se renova,

os direitos humanos precisam igualmente ser aplicados com maior rigor, pois, o poder está “em contínuo movimento: assim como as demandas de proteção social” (BOBBIO, 1992, p.34).

No caso específico dos direitos humanos, juntamente com a luta universal de sua positivação os processos históricos nos lançam outros desafios decorrentes da evolução social e globalizada. Essa mudança na forma de organização social é possibilitada pelo surgimento das tecnologias de informação num período de coincidência temporal com uma necessidade de transformação econômica e social. Essa sociedade é designada por (CASTELLS, 2003, p. 36) como “[...] sociedade em rede, [...].”

O processo atual de transformação tecnológica expande-se exponencialmente em razão de sua capacidade de criar uma interface entre campos tecnológicos mediante uma linguagem digital comum na qual a informação é gerada, armazenada, recuperada, processada e transmitida. Vivemos em um mundo que se tornou digital.

Como tendência histórica, as funções e os processos dominantes na era da informação estão cada vez mais organizados em torno de redes. Redes constituem a nova morfologia social de nossa sociedade e a difusão da lógica de redes modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura.

Nesse contexto, a rede é um instrumento apropriado para a globalização e concentração descentralizada, para uma política destinada ao processamento instantâneo de novos valores e para uma organização social que vise à suplantação do espaço e invalidação do tempo (CASTELLS, 2003).

Castells (2003) completa essa análise, afirmando que a política educacional cumpre um papel central nesse processo, porém destaca que não é qualquer tipo de educação ou qualquer tipo de política. Para o sociólogo espanhol a educação deve ser baseada no modelo de aprender a aprender, ao longo da vida, e preparada para estimular a criatividade e a inovação

objetivando a aplicabilidade desta capacidade de aprendizagem a todos os domínios da vida social e profissional.

Nesta seara, acolher o indivíduo no ambiente escolar como um ser que aprende, no sentido de se tornar um cidadão consciente de seus direitos, obriga a educação a se tornar conforme destaca Estêvão (2015, p. 63) “num direito desenvolvido na lógica de uma, cada vez maior cidadanização crítica, orientada pelo guião emancipatório dos direitos humanos, em que, por exemplo, a dialética do direito à igualdade e o direito à diferença articulem-se adequadamente”.

Ocorre ainda que, é preciso ter em conta que a cidadania tem assumido, ao longo da história, diferentes formas de manifestação, em razão dos diversos contextos culturais e sociais vividos pela sociedade. A noção de cidadania que passou a ser cultivada pelos modernos somente pode ser pensada como decorrência da manifestação da soberania do estado (LUCAS, 2013).

Historicamente, no sentido clássico os primórdios da cidadania estão associados à formação das cidades-estados e à concepção política desenvolvida no período da Antiguidade, na Grécia e em Roma, no espaço temporal que compreende os séculos VIII a.C. até o século V d.C.

A comunidade constituída a partir de vários povoados é a cidade definitiva, após atingir o ponto de uma autossuficiência praticamente completa; assim, ao mesmo tempo que já tem condições para assegurar a vida de seus membros, ela passa a existir também para lhes proporcionar uma vida melhor (...). Essas considerações deixam claro que a cidade é uma criação natural e que o homem é por natureza um animal social, e um homem que por natureza, e não por mero acidente, não fizesse parte de cidade alguma, seria desprezível ou estaria acima da humanidade, (...) e se poderia compará-lo a uma peça isolada do jogo de gamão (ARISTÓTELES, 1985, p. 1253a).

Isso demonstra que a realização plena do homem, para Aristóteles (1985), está na própria Pólis, pois se caracteriza como o espaço em que o cidadão é capaz de dar vazão às suas potencialidades e associar-se aos seus semelhantes, não só para a satisfação dos seus desejos imediatos,

como alimentação, reprodução e proteção, mas também para a prática das ações voltadas para a cidadania.

Em Atenas, a cidadania era o grande objetivo a ser alcançado, pois era por meio dela que os direitos eram garantidos e a participação na vida pública poderia ocorrer de maneira efetiva. “Pertencer à comunidade era participar de todo um ciclo próprio da vida cotidiana, com seus ritos, costumes, regras, festividades, crenças e relações pessoais” (GUARINELLO, 2003, p. 35).

Contudo, tratava-se de uma cidadania limitada, que foi criada em meio a um processo de exclusão, pois somente uma pequena parcela da população poderia participar do governo. As mulheres, os escravos e os estrangeiros não detinham esse direito (KARNAL, 2003).

No estado democrático de direito a cidadania é o exercício dos direitos e deveres civis, políticos e sociais estabelecidos na Constituição do país. Também definida como a condição do cidadão, ou ainda, o indivíduo que vive de acordo com um conjunto de estatutos pertencentes a uma comunidade política e socialmente articulada, implicando direitos e deveres interligados, sendo que o respeito e cumprimento de ambos contribuem para uma sociedade mais equilibrada e justa.

Exercer a cidadania é ter consciência de seus direitos e obrigações, garantindo que estes sejam colocados em prática. Exercer a cidadania é estar em pleno gozo das disposições constitucionais. Preparar o cidadão para o exercício da cidadania é um dos objetivos da educação de um país.

3. Direito humano à educação, à comunicação e à informação

A partir de uma educação de qualidade o país se desenvolve econômica e socialmente, por isso, o direito à educação é um direito-chave, ou seja, a sua negação é altamente perigosa para o princípio democrático da

igualdade. Da mesma forma, os direitos à comunicação e à informação estão implicados nesta dinâmica da educação que compreende a formação e o desenvolvimento dos sujeitos essenciais para a cidadania e a manutenção do Estado Democrático de Direito, em que por meio das relações sociais, da inclusão e do respeito às diferenças, as pessoas podem sentir-se integradas à sociedade e gozar das suas liberdades e direitos, bem como exercer seus deveres. Somado à educação, o acesso à informação de qualidade e a possibilidade de comunicação contribuem para o desenvolvimento dos cidadãos e da sociedade.

A educação como direito humano é considerada um direito social integrante da denominada segunda geração de direitos, formulados e afirmados a partir do século XIX. E, apesar de muitos destacarem a importância do direito à educação, há poucas reflexões que aprofundam o conteúdo deste direito num ponto de vista amplo, sem reduzi-lo à escolarização como abordam a maioria dos textos (CANDAU, 2012).

Para Haddad (2004, p. 1), na introdução do Relatório sobre o Direito à Educação, realizado pela Plataforma Brasileira de Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais:

Conceber a Educação como Direito Humano diz respeito a considerar o ser humano na sua vocação ontológica de querer "ser mais", diferentemente dos outros seres vivos, buscando superar sua condição de existência no mundo. Para tanto, utiliza-se do seu trabalho, transforma a natureza, convive em sociedade. Ao exercitar sua vocação, o ser humano faz História, muda o mundo, por estar presente no mundo de uma maneira permanente e ativa.

O acesso à educação promove nos seres humanos a construção de um ideal, bem como, de uma sociedade mais expressiva, principalmente no tocante aos direitos humanos, visto que se cria um perfil de pessoas mais tolerantes, favorecendo o desenvolvimento da personalidade humana e o respeito mútuo.

A educação contemporânea, na atual conjuntura capitalista e frente ao mundo globalizado, enfrenta desafios para a formação dos educandos.

A busca pela formação de indivíduos preocupados com as questões democráticas, além de ser uma grande luta para a educação atual, através da criação de espaços públicos democráticos e a potencialização da voz dos oprimidos, torna-se vital para que os direitos humanos possam ser promovidos em sua plenitude.

No Brasil, através do direito humano à educação, será possível uma formação mais humana dos indivíduos, bem como esta seja ensejadora de um fortalecimento da democracia na sociedade brasileira. Desse modo, além de ser responsável por inserir o aluno como cidadão na sociedade, a educação se renova quando compreende que o educando é um cidadão com direitos, como explica Estêvão (2015, p. 62) “diante do outro enquanto detentor de direitos seja ele próximo ou distante, nacional ou apátrida, branco ou negro, homem ou mulher, homo ou heterossexual”. Ou seja, aquele que aprende passa a ser entendido como um cidadão que além de ser respeitado, através da educação desenvolve seus direitos na prática.

Por meio da educação voltada para os direitos humanos, as pessoas podem se tornar sujeitos autoconscientes de seus direitos, ou seja, indivíduos que se sentem empoderados e conhecedores de seus direitos, além de conhecer os processos e construções históricas das conquistas, avanços e recuos em relação à efetividade e ampliação dos seus direitos e deveres.

A educação como direito humano é considerada um direito social integrante da denominada segunda geração de direitos, formulados e afirmados a partir do século XIX. E apesar de muitos destacarem a importância do direito à educação, há poucas reflexões que aprofundam o conteúdo deste direito num ponto de vista amplo, sem reduzi-lo à escolarização como abordam a maioria dos textos (CANDAUI, 2012).

As instituições de ensino encontram-se num contexto de elevada pressão em relação aos avanços tecnológicos que, por um lado, lhes garantem melhores condições didáticas e pedagógicas e, de outro, que ocasiona mudanças ambientais e tecnológicas de uma era da modernidade. Assim, no atual contexto tecnológico em que o mundo se volta completamente para um sistema dominado pela tecnologia, é necessário despertar-se para

um modelo educacional que acompanhe este sistema. Para isso, as escolas devem atender a um apelo de ampla abrangência mundial, onde é indispensável o conhecimento teórico e prático desse processo global.

As novas tecnologias, junto com uma boa proposta pedagógica, são de grande importância para a aprendizagem, a partir do momento em que forem vistas pelos profissionais da educação, como ferramentas, mídias educacionais, podendo ser facilitadoras da aprendizagem, tornando-se mediadoras, por facilitarem ao aluno construir seu próprio conhecimento, no qual o aluno passa ter papel ativo, buscando resolver suas necessidades.

Os recursos tecnológicos, como instrumentos à disposição do professor e do aluno, constituem-se em valiosos agentes de mudanças para a melhoria da qualidade do processo de ensino-aprendizagem. Isto requer professores bem formados com conhecimentos sólidos da didática e dos conteúdos, com desenvolvimento de práticas pedagógicas que utilizem estas novas tecnologias como ferramenta que atendam às necessidades individuais e coletivas, que estimulem a construção criativa e a capacidade de reflexão, bem como favoreçam o desenvolvimento da capacidade intelectual e afetiva.

Quando as práticas de educação e comunicação se relacionam fazendo com que os alunos se tornem coautores na construção do conhecimento, criam-se as condições para que se estabeleça a educomunicação, uma prática de conhecimento crítico transformador. A educomunicação se coloca hoje como um novo paradigma para pensar a educação na relação com a comunicação. Por meio dela, o aluno deixa de ser apenas um espectador para se transformar em uma parte atuante do processo de conhecimento e, conseqüentemente, para se tornar um cidadão mais participativo. É algo bastante amplo e que permite uma série de formas de compartilhar conhecimento e promover a comunicação entre as pessoas, fazendo com que o indivíduo se torne protagonista do seu próprio processo de aprendizagem e com efeito, desenvolva conhecimento crítico.

O avanço das tecnologias digitais de informação e comunicação é uma consequência natural da inteligência e da criatividade humana, com impacto em todos os ambientes sociais, dos quais fazemos parte, tornando-nos usuários - quase sempre involuntários - dessas novas tecnologias. No contexto educacional, também se evidencia uma natural necessidade de incorporar essas ferramentas, de forma espontânea, integradora e interativa, atendendo aos apelos cotidianos da vivência pessoal, social e profissional.

4. Educomunicação: paradigma para a formação da cultura dos direitos humanos

A educomunicação é um novo campo de intervenção situado entre a comunicação e a educação, um novo paradigma para pensar as práticas entre professores e alunos e o processo de produção do conhecimento, que envolve aprender e ensinar. Do ponto de vista dos direitos humanos, a educomunicação oferece recursos para que a educação amplie as expectativas das crianças e jovens em relação ao futuro e a própria vida, pois trabalha no coletivo habilidades que desenvolvem a autonomia e o senso crítico, bem como promove a cultura da paz, pela aceitação do outro e das diferenças.

Não há como pensar a educação hoje sem a reflexão sobre os direitos humanos, pois a escola e as instituições de ensino de qualquer nível têm como principal capital as pessoas, sejam elas crianças e jovens formando sua personalidade ou adultos em formação profissional. Pode-se afirmar que é continuamente necessário revisitar as políticas públicas para garantir que sejam pelo menos pensadas estratégias para lidar com problemas hoje cruciais no ambiente da educação, como a violência, o preconceito, o *bullying* e a discriminação. Não é a educomunicação que vai resolver estes problemas, mas vai desenvolver as condições para que eles sejam enfrentados, discutidos e questionados, em razão de sua proposta, que “trata-se da ação de educar a partir de práticas e da compreensão do processo comunicativo para a formação de sujeitos de cidadania”. (RADDATZ, 2017,

p. 160). Sendo assim, os sujeitos são preparados para agir com ética, consciência e respeito ao outro, enxergando-o como uma pessoa de direitos e deveres iguais dentro do grupo.

Este pressuposto está de acordo com as referências feitas, por exemplo, pelas Constituições brasileiras de 1934 e 1988, que posicionam a educação como um direito de todos e todas as pessoas. Hoje, a educação precisa ir além do ensinar para chegar ao aprender a aprender, em termos de conhecimento e de resgate e respeito a um dos valores fundamentais dos direitos humanos: a dignidade humana. Trata-se de uma educação voltada para práticas que precisam construir uma aprendizagem sobre como entender e exercer essa dignidade no espaço social e da cidadania. Compreende-se que a educomunicação é um dos principais paradigmas para trabalhar com essas questões, porque funciona como um “ecossistema comunicativo”, estabelecendo a interface entre os campos da comunicação e da educação. (MARTÍN-BARBERO, 2002).

A educomunicação alinha-se aos direitos humanos na medida em que se constitui de práticas centradas na igualdade e na dignidade, dentro deste ecossistema. Conforme Raddatz (2017, p. 160):

A Educomunicação é uma intervenção de caráter social que requer uma relação dialógica (FREIRE,1967) entre educador e educando na interpretação da realidade e na produção do conhecimento. Caracteriza-se como um conjunto de práticas construídas no fazer comunicativo dentro da escola e também fora dela e se utiliza das mídias e das tecnologias como elementos potencializados da compreensão da realidade e da sociedade.

Por este conceito, compreende-se que os direitos humanos, como uma concepção do mundo, podem ser trabalhados nessas práticas que criam situações em que os estudantes refletem e propõem soluções para questões tão fulcrais da realidade atual, como a violência e o preconceito. Produzir informações e conteúdos utilizando tecnologias e recursos de áudio, texto, foto e vídeo, utilizando-se das linguagens do mundo digital é a possibilidade de fazer com que estes estudantes pensem e se expressem

criticamente dentro de uma cultura que é a deles. Ao manusear esses recursos e linguagens, estarão compreendendo os processos e não apenas o produto final e, portanto, vão produzir conhecimento e crítica, essenciais para a difusão da cultura dos direitos humanos. A educomunicação é, portanto, um paradigma que favorece a transformação:

A Educomunicação é transformadora e valoriza em suas práticas a cultura de seus sujeitos de ação e o contexto em que se movimentam, produzindo significados para si e para os outros. Somos todos produtores de algum tipo de conteúdo, de saberes e fazeres e, portanto, contribuimos para a produção do conhecimento. A Educomunicação pode ajudar a construir a consciência crítica sobre nós mesmos, as coisas, os outros e a realidade. Também contribui para pensar o lugar de cada um na sociedade e o que isso implica na relação com o outro. (RADDATZ, 2017, 161).

A educomunicação como um campo transversal entre a comunicação e a educação enfatiza a autonomia e a sociabilidade e no coletivo da escola faz ensaios para o mundo, quando estimula a ouvir e a ser ouvido no grupo, a acolher a opinião diferente da sua, a discutir e a defender pontos de vista, a ajudar o outro e a receber ajuda quando necessário, a perguntar e a responder, a formular pontos de vista, a tomar decisões e principalmente a participar do processo. Como a participação é central na cidadania e também na democracia, acredita-se que a educomunicação dá suporte e prepara para a vida em sociedade.

Nesta perspectiva, emerge a educomunicação com uma função vital também para a educação em direitos humanos, que precisam ser construídos de forma permanente, fazendo com que os estudantes se enxerguem como cidadãos e sujeitos de direitos e deveres que correspondem a sua condição humana.

5. Considerações finais

A pesquisa realizada aponta que é necessário um trabalho pedagógico voltado para a Educação em Direitos Humanos, pois as ideias sobre o tema

ainda são muito vagas, imprecisas, e denotam ausência de uma formação cidadã integradora que apresente, de forma contextualizada, os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à saúde, ao trabalho, ao meio ambiente saudável e equilibrado, entre outros.

Quando se destaca a importância de discutir e educar em Direitos Humanos, não se está sugerindo que seja criado um novo componente curricular para que sejam abordados os temas relacionados aos direitos humanos, o que seria uma visão simplista e reducionista da questão, pois a simples criação da disciplina não resolveria.

Talvez o caminho seja eleger eixos de atuação prioritários. As novas tecnologias, por exemplo, aliadas às práticas pedagógicas relacionadas especificamente aos direitos humanos, irão proporcionar no ser humano o desenvolvimento de um processo educativo visando à formação de um cidadão participante, crítico, responsável e comprometido com seu papel em uma sociedade democrática e cidadã.

No Brasil, o direito à educação é disciplinado pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), Lei 9394/96, de 1996 e legislação pertinente. A LDB dispõe que a educação é um dever da família e do Estado, e, deve ser inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana além de ter por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O papel da educação é fazer com que o sujeito compreenda o mundo e a si mesmo e faça a inter-relação entre os dois. O paradigma da Educação oferece subsídios e recursos indispensáveis para a formação destes novos cidadãos, ao passo que busca refletir sobre as desigualdades sociais e a dignidade humana, tendo em vista a prática de uma cultura de direitos humanos.

Referências

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Cury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

- BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CANDAU, Vera Maria Ferrão. Direito à educação, diversidade e educação em direitos humanos. **Educ. Soc.** vol.33 no.120 Campinas July/Sept. 2012.
- CANDAU, Vera Maria Ferrão; SACAIVINO, Susana Beatriz. Educação em Direitos Humanos e formação de educadores. **Educação**. Porto Alegre, v. 36, p. 59-66, jan./abr., 2013.
- CARVALHO, Maria Elizete Guimarães. A educação entre os direitos humanos: de direito natural a direito humano fundamental. In: **Conferência Internacional de Sociologia**. João Pessoa, 2008.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: Economia, solidariedade e cultura. Tradução Roneide Venancio Majer. Volume I. 7.ed. São Paulo: Paz e terra, 2003.
- ESTÊVÃO, Carlos Villar. **Direitos Humanos, Justiça e Educação**. Uma análise crítica das suas relações complexas em tempos anormais. Editora Unijuí, Ijuí-RS, 2015.
- FLORES, Joaquin Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a.
- FLORES. **A (re) invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009b.
- GUARINELLO, Norberto Luiz. Cidades-estados na Antiguidade Clássica. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Orgs.). **História da cidadania**. 2.ed. São Paulo: Contexto, 2003.
- HADDAD, S. **O direito à educação no Brasil**; Relatoria Nacional para o Direito Humano à Educação. Curitiba: DhESC Brasil, 2004.
- KARNAL, Leandro. Estados Unidos, Liberdade e Cidadania. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Orgs.). **História da cidadania**. 2.ed. São Paulo: Contexto, 2003.
- LUCAS, Doglas Cesar. **Direitos humanos e interculturalidade**: um diálogo entre a igualdade e a diferença. Ijuí: Unijuí, 2013.

MARTÍN-BARBERO, Jesús. **La educación desde la comunicación**. Buenos Aires: Grupo Editorial Norma, 2002.

RADDATZ, Vera Lucia Spacil. Educomunicação (verbetes). In: GRIEBELER, Marcos Paulo Dhein; RIEDL, Mario. (Orgs.). **Dicionário de Desenvolvimento Regional e Termos Correlatos**. Porto Alegre: Conceito, 2017.

SADER, Emir. Contexto histórico e educação em direitos humanos no Brasil: da ditadura à atualidade. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et al. (org.). Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

ZAMBAM, Neuro. **A democracia brasileira e a qualidade de informação: pressupostos políticos e jurídicos para a justiça social**. vol. 7, núm. 22, 2018.

Efetivação do direito à saúde curativa: competência municipal no fornecimento de medicamentos na cidade de Ijuí/RS

*Luis Fernando Pretto da Corrêa*¹

*Janaína Machado Sturza*²

1 Introdução

O presente trabalho apresenta um estudo acerca das noções sobre o direito à saúde no Brasil, a fim de efetuar uma investigação para a construção da demanda judicial que pleiteia a busca por medicamentos no município de Ijuí/RS. Essa busca é necessária para entender o contexto face à crescente demanda judicial que ocorreu em determinado período temporal e passou a apresentar resultados positivos nos últimos anos.

Para a realização deste trabalho foram efetuadas pesquisas bibliográficas e por meio eletrônico, analisando também as jurisprudências no que tange o direito à saúde exclusivamente sobre os medicamentos. A coleta de informações permite um aprofundamento no estudo do direito à saúde e revela a importante atuação da Defensoria Pública tentando resolver

¹ Mestrando no programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Integrante do Grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (certificado pelo CNPq). Contato: pretto.feer@gmail.com.

² Pós-Doutora pela UNISINOS. Doutora em Direito pela UNIROMA III. Professora na graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI. Integrante do Grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (certificado pelo CNPq). Contato: janasturza@hotmail.com

os litígios de forma mais célere pelos meios internos da Administração Pública.

Inicialmente, é feita uma abordagem histórica do surgimento do direito a saúde no plano Constitucional brasileiro para garantir ao cidadão o direito de uma vida digna, baseada no princípio da dignidade humana observando as mudanças das sociedades e as formas de composição dos conflitos nas sociedades primitivas. Destaca o contexto da saúde no âmbito dos direitos fundamentais e sua relevância para a garantia da vida como bem maior.

A manutenção da saúde deve ser efetivada pelo SUS, fazendo-se necessária a evolução do direito sanitário e a implementação das políticas públicas que garantem o direito à saúde. Segue uma análise da concretização administrativa como forma de solução dos conflitos, onde o Estado chama para si o poder-dever de decidir as controvérsias antes mesmo de se tornarem lides judiciais.

Em seguida, é analisado mais profundamente o direito à saúde como competência municipal, seu conceito, princípios, procedimentos e técnicas de aplicação. Também é analisado a organização administrativa para o desempenho dessa função no que tange o fornecimento de medicamentos, mais consciente de suas responsabilidades na solução dos conflitos.

Investiga-se que o Sistema Único de Saúde – SUS é organizado de forma hierárquica, descentralizada, com direção da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que possibilita o atendimento geral, com atividades na prestação de fornecer medicamentos.

Por fim, é realizada uma pesquisa virtual no mecanismo de pesquisa de jurisprudências no site do próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, com o objetivo de analisar quantitativamente e qualitativamente a demanda judicial no município de Ijuí/RS, referente ao fornecimento de medicamentos. Através da pesquisa é desenvolvida uma abordagem e expostas as alegações dos entes federativos os argumentos que revelam a omissão na prestação do direito à saúde.

2 A organização administrativa municipal na esfera da saúde

A partir da Constituição de 1988 os municípios, agora com mais autonomia, adquiriram importância substancial, com novas atribuições e responsabilidades. Contudo, a autonomia financeira está longe de ser alcançada, limitando a capacidade municipal de autogestão e a tornando ineficiente. Porém, não se pode deixar de observar que a autonomia que os governos locais vêm adquirindo é de suma importância, pois isso torna as entidades locais efetivamente capazes de ordenar e gerir uma significativa parte dos assuntos públicos sob sua própria competência em prol de seus habitantes.

A regulação em saúde figura como um dos elementos constitutivos do Sistema Único de Saúde (SUS), juntamente com avaliação, controle e auditoria. Feliciello (2016, p. 08) destaca que

Com a lei 8080/90, a regulação é definida como atribuição comum das três esferas do governo, estabelecendo ainda a cooperação técnica entre os três gestores públicos (BRASIL, 1990). Posteriormente a legislação de suporte à ampliação do SUS – Normas Operacionais Básicas (NOB) de 1991 a 1996, Norma Operacional de Assistência à Saúde (NOAS) 01/2002 e, mais recentemente, o Pacto pela Saúde – define com maiores detalhes as competências de cada esfera de governo, bem como os instrumentos e processos de apoio à regulação em saúde, culminando com a Portaria GM Nº 1.559, de 1º de agosto de 2008, que institui a Política Nacional de Regulação de Sistema Único de Saúde (BRASIL, 1997; BRASIL, 2002; BRASIL, 2006; BRASIL, 2008).

Com a NOAS/2002, os diferentes níveis gestores do SUS passam a implantar experiências de Regulação em saúde, especialmente no que se refere à Regulação do Acesso, buscando prover o acesso universal e equitativo aos serviços de saúde visando a atenção integral (BRASIL, 2002)

Essas experiências muitas vezes são insipientes e pouco efetivas devido a “um conjunto de fragilidades e inadequações, que se referem a legislação, processos e instrumentos e, principalmente, à ausência de mecanismos maduros de regulação sistêmica.” (FELICIELLO, 2016, p. 9).

Referindo-se ao Estado regulador, o autor entende que se buscou uma forma de atuação estatal inovadora que parte de um processo de privatização, permitindo, assim, oferta de serviços públicos por empresas não estatais, buscando-se solucionar a “crise do Estado”, a qual era “[...] entendida como decorrente do tamanho do Estado, do descontrole fiscal, da redução de taxas de crescimento econômico, do desemprego e dos elevados índices de inflação” (FELICIELLO 2016, p. 9). O governo, então, apresentou um plano visando substituir a Administração Pública burocrática por uma mais flexível e eficiente, voltada para o atendimento ao cidadão.

Foi nesse contexto que obteve êxito a Emenda Constitucional 19/1998, num grande movimento que possibilita a ampliação da compreensão gerencial de regulação dentro da reforma estatal. Com a implantação da reforma do Estado, na década de 1990, foram criadas agências reguladoras e novas organizações que passaram a ofertar e gerenciar serviços públicos não exclusivos do Estado. A Constituição de 1988 criou um modelo federativo cooperativo composto por União, Estados e Municípios, os quais possuem assegurado o mesmo grau de autonomia e requerem adequados mecanismos de coordenação.

Esse modelo federativo brasileiro, todavia, pede o equacionamento de grandes desafios, dentre eles a constituição de um pacto nacional sólido, sem competições predatórias entre os entes governamentais, juntamente com a montagem de estruturas administrativas que integrem as várias esferas federativas e a democratização dos governos locais. Nesse sentido, Feliciello (2016, p. 12) sente que

[...] o modelo federativo implantado apresenta graves distorções como: o federalismo compartimentalizado; o padrão de colaboração não cooperativa entre os estados e desses com o governo federal; a lógica da carreira política e os caciques regionais para drenagem de recursos às suas regiões; a estrutura tributária baseada em transferências intergovernamentais; a falta de equacionamento de mecanismos adequados à metropolitização; o municipalismo autárquico; entre outros.

Assim foi inserido um conjunto de ações que ocorreram no âmbito do SUS com o objetivo de contemplar o princípio da municipalização, que "é uma forma de aproximar o cidadão das decisões do setor e significa a responsabilização do município pela saúde de seus cidadãos" (SCHWARTZ, 2001, p. 103). É um modo de racionalizar a busca da efetivação do direito à saúde, pois procura esmiuçar, a partir da realidade local, o sistema e conceito de saúde.

O sistema de saúde vai ser embasado por regulamentos que a Administração brasileira terá que concretizar, são "os processos de descentralização, municipalização e regionalização do sistema público de saúde" (FELICIELLO, 2016, p.12). O objetivo é a busca para que os entes federativos cooperem de forma solidária a prestação do sistema público de saúde.

A Portaria do Secretário de Assistência à Saúde – SAS – nº 423, de 09 de julho de 2002, dispõe de um quadro de competências das três esferas de governo quanto ao controle, regulação e avaliação no SUS. Primeiramente, o quadro dispõe da competência do gestor federal, sendo que suas atribuições são, o acompanhamento, a vigilância, o regulamento e a avaliação do Sistema Nacional de Saúde, somando a execução das ações e serviços de saúde no território nacional, observando os serviços de saúde no Brasil que compete a cada ente federativo. Ainda, esta portaria estabeleceu que "[...] O Gestor Federal do SUS tem entre suas competências a de prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios para o aperfeiçoamento de sua atuação institucional." (BRASIL, 2019c).

A portaria nº 423, de 09 de julho de 2002, elencou que a gestão Estadual tem a competência estabelecer o acompanhamento, a vigilância, o regulamento e a avaliação do Sistema Nacional de Saúde, incluindo ainda, a execução das ações e serviços de saúde no território nacional, observando sempre, a competência do município. Portanto, "O Gestor Estadual tem, entre suas competências, a de prestar apoio técnico e financeiro aos municípios e acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do SUS." (BRASIL, 2019c).

Já como competência da gestão municipal, este vai garantir que a qualidade do serviço de saúde será eficiente universal, controlando, regulamentando e avaliando as atividades do setor respeitando a descentralização das execuções das ações. Para o Gestor Municipal, “[...] além da avaliação através desses instrumentos, caberá também efetuar o controle permanente, direto e sistemático sobre a execução das ações e serviços de saúde à população que estejam sob sua gestão.” (BRASIL, 2019c).

A regulação do SUS acabou sendo definida “[...] como um conjunto de competências e responsabilidades relacionadas ao controle, avaliação e auditoria dos serviços contratados e/ou conveniados, à avaliação da utilização de recursos repassados pela esfera federal e, ao acesso da população [...]” (Felicello 2016, p. 32). Por não se considerar a necessidade de contrato, controle e avaliação dos serviços públicos, a regulação de serviços e de acesso centrou-se nos serviços privados contratados pelos diferentes gestores, o que ocasionou a pouca contribuição para a integração da rede de serviços para o acesso mesmo com a regionalização. Com isso gerou-se distorções, “[...] especialmente no que se refere à duplicação de procedimentos, à qualidade dos serviços prestados levando também à duplicação de procedimentos, ao uso inadequado e em volume excessivo de exames e insumos, especialmente medicamentos [...]” (Felicello 2016, p. 32).

Essa situação se agravou ainda mais pelo processo de municipalização autônomo, o qual ocorreu com a descentralização do SUS, pois os gestores municipais competem por recursos do SUS de maneira isolada, o que dificulta a regionalização, trazendo uma série de dificuldades para a organização das Redes de atenção básica e atenção integral e contínua da população. A ação isolada dos municípios acaba gerando uma produção excessiva de procedimentos, pois o usuário é atendido em diferentes serviços, passando por vários gestores municipais, sem instrumentos de referência.

Em 2006 foi criado o Pacto da saúde. Com isso a regulação no SUS foi aprimorada, e passou a abarcar a regulação da atenção à saúde e a regulação assistencial, organizando, portando o sistema administrativa responsável para tanto, ao passo que foi,

[...] incluindo todas as ações relacionadas à: contratação de serviços; Regulação do Acesso à Assistência ou Regulação Assistencial; Controle Assistencial; Avaliação da Atenção à Saúde; Auditoria Assistencial, e, as regulamentações da Vigilância Epidemiológica e Sanitária, embora focada ainda na realização de procedimentos. (Felicello, 2016, p. 35)

Em seguida, ainda no ano de 2006, foi criada a Portaria N° 699/GM, de 30 de março de 2006, que regulamentou as diretrizes operacionais dos Pactos Pela Vida e de Gestão e seus incrementos para o processo de gestão do SUS, transição e monitoramento dos Pactos, unificando, assim, os processos de pactuação e indicadores de metas. Essa portaria estabelece também os Termos de Compromisso de Gestão Municipal, Estadual, do Distrito Federal e Federal, contendo as responsabilidades sanitárias e atribuições de cada gestor, respectivamente, estabelecendo as metas e objetivos do Pacto, os quais definem as prioridades de cada gestor para o ano em curso, juntamente com os indicadores de monitoramento.

A Portaria n° 1.097, de 22 de maio de 2006, estabelece um processo que visa a definição e quantificação das ações de saúde para a população de cada território assim como a realização dos pactos intergestores com o intuito de garantir a população o acesso aos serviços de saúde.

É competência do Município como Poder Público exercer e garantir a todos os cidadãos o acesso à saúde. A efetividade desse direito é de maior importância, pois as políticas públicas que abrangem a saúde possuem fundamental utilidade para a sociedade, sendo a principal garantidora do direito à vida. Além disso, deve ser vista como garantia constitucional completa, a qual possui uma interpretação humanizada do direito propriamente dito.

O Ministério da Saúde caracteriza como princípios da atenção básica sendo um

[...] conjunto de ações de saúde, no âmbito individual e coletivo, que abrange a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação e a manutenção da saúde [...]. Utiliza tecnologias de

elevada complexidade e baixa densidade, que devem resolver os problemas de maior frequência e relevância em seu território. (BRASIL, 2012a, p. 19).

É necessário compreender, entretanto, que a atenção básica é constituída por um conjunto de princípios e diretrizes gerais: planejamento, programação e desenvolvimento de ações na saúde das coletividades que constituem aquele território; possibilitar o acesso universal e contínuo a serviços de saúde de qualidade e resolutivos; desenvolver relações de vínculo entre saúde e as equipes e a população, garantindo a continuidade das ações e a longitudinalidade do cuidado; coordenar a integridade em seus vários aspectos, ou seja, coordenar atendimento e demanda de pacientes e funcionários; estimular a participação dos usuários como forma de ampliar sua autonomia e capacidade na construção do cuidado à sua saúde e das pessoas.

A atenção básica tem por fundamentos promover, por meio de estímulo e acompanhamento constante de sua formação e capacitação, a valorização profissional, acompanhando e avaliando sistematicamente os resultados alcançados, estimulando a participação popular e controle social, garantindo assim acesso universal e de qualidade a serviços de saúde de maneira efetiva e integral.

Fica evidenciada a responsabilidade comum a todas as esferas do governo em garantir a infraestrutura necessária ao funcionamento das Unidades Básicas de Saúde (UBS), estabelecer prioridades, estratégias e metas para a organização da atenção básica, assim como monitorar e avaliar a atenção básica.

Nesta distribuição de competências verifica-se que compete ao Ministério da Saúde garantir as fontes para compor o financiamento da atenção básica, definir as estratégias de articulação com as gestões estaduais e municipais do SUS, com vistas à institucionalização da avaliação e qualificação de atenção básica, a formação e a garantia de educação permanente para os profissionais de saúde da atenção básica. Já às secretarias estaduais de Saúde e ao Distrito Federal compete a corresponsabilidade pelo monitoramento da utilização dos recursos federais da atenção básica, os quais são

transferidos aos municípios; analisar os dados de interesse estadual gerados pelo sistema de informação; e promover o intercâmbio de experiências entre os diversos municípios para a melhoria dos serviços.

3 A competência do município de Ijuí/RS para o fornecimento de medicamentos

Os acessos à saúde pelo qual os direitos se tornam concretos devem ser considerados como o requisito fundamental de um ordenamento jurídico e igualitário que pretenda garantir direitos a todos. O acesso vai além de ser um direito social fundamental, ele presume um aprofundamento dos métodos utilizados para discernimento e aplicação da justiça.

Os diplomas legais municipais que fazem parte da proteção ao direito à saúde, são códigos sanitários que, por estarem estabelecido pela CF/88, têm competência concorrente para a legislação sobre à saúde (SCHWARTZ, 2001, p. 120). Desta forma, a Lei Orgânica do município de Ijuí, RS (2019b), no seu Título III, ao estabelecer as competências municipais, prevê em seu artigo 5º, inciso IX, a disciplina do direito à saúde:

Art. 5º A competência legislativa e administrativa do Município, estabelecida nas Constituições Federal e Estadual, será exercida na forma disciplinada nas Leis e regulamentos municipais, e abrange em essencial:

[...]

IX - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviço de atendimento à saúde da população;

É necessário, entretanto, elencar na íntegra o que o disposto no artigo 95 da Lei Orgânica do município de Ijuí (2019b), vem se manifestar acerca do conceito de saúde, que reafirma a previsão constitucional dispo:

Art. 95 A saúde é um direito de todos os cidadãos e dever do Poder Público e da sociedade, garantida mediante políticas sociais com recursos da Seguridade Social e outros, visando à sua promoção, proteção e recuperação.

Para que isso tudo se concretize, a Secretaria Municipal de Saúde do município de Ijuí se adequou à Política Nacional de Atenção Básica (PNAB), em funcionamento no Brasil, aprovada pela Portaria n° 2.488, de 21 de outubro de 2011, que estabelece a revisão de diretrizes e normas para a organização da atenção básica, para a Estratégia de Saúde da Família (ESF) e o Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS), sendo criadas pelo Ministério da Saúde no ano de 2012, visando melhorias nas áreas de atenção básica, atenção primária à saúde e vigilância em saúde. (BRASIL, 2019b).

Nesse sentido, para o Estado ser considerado eficiente e humanizado, deve prestar, executar e regular concretamente suas atividades. Para atender a todos os parâmetros exigidos pela legislação, é preciso que se monte uma estrutura organizacional completa e eficiente, estipulando as competências de cada órgão do município. É nesta esfera que a Lei 5.743, de 22 de março de 2013 (IJUÍ, 2019a), do município de Ijuí, dispõe em seu artigo 63, as competências da secretaria municipal de saúde, que entre outras são:

I - articular, integrar, coordenar e executar a política municipal de saúde, em sintonia com o Conselho Municipal de Saúde e em conjunto com a União, Estados e Municípios da região;

II - formular políticas de saúde de acordo com os princípios norteadores do Sistema Único;

III - realizar ações que visem promover, proteger e recuperar a saúde da população, contempladas no Plano Municipal de Saúde;

[...]

XI - prestar supletivamente os serviços de urgência e emergência, bem como distribuir medicamentos. (grifo nosso)

Como extensão dessas competências, o artigo 64 da Lei 5.743, de 22 de março de 2013, estabelece como competência do município de Ijuí na logística dos medicamentos, sendo organizada em coordenadorias:

Art. 64 - Secretaria Municipal de Saúde é internamente estruturada através das seguintes coordenadorias, núcleos e serviços:

[...]

II - Coordenadoria de Infraestrutura e Logística:

[...]

b) Núcleo de Patrimônio e Almoxarifado:

[...]

3. Serviço de recebimento, controle e guarda de medicamentos;

Nesse sentido, o mesmo artigo preocupou-se em estabelecer como os medicamentos serão distribuídos, sendo competência do núcleo operacional o serviço de dispensação de medicamentos, da Coordenadoria do Posto de Atendimento 24 Horas e da Coordenadoria de atenção básica, atualmente localizadas na Secretária Municipal de Saúde (SMS) do Município de Ijuí.

Como já dito anteriormente, a atenção básica tem por fundamentos promover, por meio de estímulo e acompanhamento constante de sua formação e capacitação, a valorização profissional, acompanhando e avaliando sistematicamente os resultados alcançados, estimulando a participação popular e o controle social, garantindo assim, acesso universal e de qualidade a serviços de saúde de maneira efetiva e integral. Neste contexto, é responsabilidade comum a todas as esferas do governo garantir a infraestrutura necessária ao funcionamento das Unidades Básicas de Saúde (UBS), estabelecendo as prioridades, estratégias e metas para a organização da atenção básica, assim como monitorar e avaliá-la.

Por fim, observada a estruturação municipal de Ijuí e de sua competência no fornecimento de medicamento, para ter acesso a este insumo tutelado pelo direito à saúde o cidadão deve observar os requisitos elencados, portanto,

Para ter acesso aos medicamentos, o usuário precisa, primeiramente, ser atendido por algum médico credenciado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), fazer todos os procedimentos, exames, e esclarecer a doença e o tratamento.

Com a receita, que contenha o nome do princípio ativo/denominação genérica (não pode ser o nome comercial do medicamento), o paciente deverá conferir

se o medicamento solicitado consta na relação de medicamentos disponibilizados pelo SUS (RENAME) e verificar a qual Componente da Assistência Farmacêutica ele pertence. (RIO GRANDE SUL, 2019b).

Entendemos que a dignidade da pessoa humana implica em considerar o homem como o núcleo do mundo jurídico. Cada pessoa carece de ter acesso a tratamento que resulte em seu pleno bem-estar, seja em sentido físico, mental, psicológico ou afetivo, para que assim consiga viver em condições minimamente dignas.

4 Demonstrativo da demanda judicial de medicamentos no município de Ijuí/RS

A Constituição da República tem em suas cláusulas que a justiça brasileira é una e indivisível, portanto a Administração terá seus atos controlados pelo Poder Judiciário, sob o ângulo da legalidade, porque quando a Administração nega o fornecimento de medicamentos para efetivar o direito fundamental a saúde, desencadeia a necessidade de judicializar a referida prestação. Portanto, as decisões da Administração estão constantemente sujeitas ao controle jurisdicional, principalmente quando viola princípios fundamentais garantidos ao cidadão. (BERWIG; RIGOLI, 2016)

Em suma, com o objetivo de uma indagação minuciosa no que tange os casos jurisprudenciais oriundos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi realizada uma pesquisa virtual, especificamente do município de Ijuí, RS, no endereço eletrônico do tribunal, através de seu sistema de pesquisa de jurisprudência no próprio site³. Para verificar as decisões com relação à efetivação do direito à saúde neste município, foi utilizada a expressão “direito à saúde medicamentos Ijuí” como argumento de busca, tendo-se como delimitação temporal o período compreendido entre janeiro de 2013 a maio de 2018.

³ Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 28 set 2019.

Constatou-se que o número de ajuizamentos no período de janeiro a dezembro de 2013 é de 176 ações referentes a busca pela concretização no fornecimento de medicamentos para efetivação do direito à saúde. Já no mesmo período do ano de 2014, houve um aumento considerável no número destas ações, passando para 216 protocolos junto ao Poder Judiciário.

Contudo, no período de janeiro a dezembro de 2015 o número de ações começou a diminuir apresentando um total de 167 ações. A grande diferença, entretanto, foi percebida no mesmo período do ano de 2016, quando a busca de medicamentos diminuiu para 84 ações. Entre janeiro a dezembro de 2017 houve nova diminuição, caindo para 62 ações no município de Ijuí, RS.

Tratando referente aos ajuizamentos de ações referentes ao insumo de medicamentos no ano de 2018 contatou-se 40 ações. Por esses dados percebe-se que os dados retratam que as pessoas, através do Poder Judiciário, têm pleiteado a efetivação do seu direito à saúde junto ao município de Ijuí e ao Estado do Rio Grande do Sul, revelando que as políticas públicas não estão sendo integralmente adotadas, uma vez que “[...] os números que funcionam como indicadores da saúde estão para o corpo social como os sinais vitais (pulso, temperatura) para o corpo individual”. (SCLiar, 1987, p. 155-156).

Um caso pode ser citado para demonstrar os argumentos utilizados pelo Estado do Rio Grande do Sul e pelo município de Ijuí na tentativa de se omitir das demandas que surgem. Visto que, é a única ação pleiteada para tratamento com medicação oncológica no ano de 2018, até finalizar a pesquisa no referido município:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. ESTADO E MUNICÍPIO. **FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO/TRATAMENTO ONCOLÓGICO**. LEUCEMIA MIELÓIDE CRÔNICA. SAÚDE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS. CACONS. **LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS**. PRONUNCIAMENTO DO STF EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. União, Estados, Distrito Federal e Municípios ostentam

legitimidade concorrente para responder às demandas que visam ao fornecimento gratuito de medicamentos, exames ou procedimentos, inclusive cirurgias. Responsabilidade solidária dos entes federativos. Competência comum expressa no art. 23, inc. II da CF/88. A divisão de competências no âmbito da gestão interna do SUS não é oponível ao particular que acode à via judicial. O fato de a medicação ser disponibilizada pelos Centros de Alta Complexidade em Oncologia CACONS, pertencentes à União, não retira a legitimidade passiva concorrente dos Estados e Municípios, ante a solidariedade dos entes federados no tocante às prestações positivas na área de saúde pública. **ACESSO À SAÚDE. DIREITO FUNDAMENTAL QUE EXIGE PROTEÇÃO SUFICIENTE.** O acesso à saúde é direito fundamental e as políticas públicas destinadas a implementá-lo, embora vinculem o Estado e os cidadãos, devem gerar proteção suficiente ao direito garantido, afigurando-se suscetíveis de revisão judicial, sem que daí se possa vislumbrar ofensa aos princípios da divisão de poderes, da reserva do possível ou da isonomia e impessoalidade. A outro turno, as normas internas de organização, funcionamento e gestão do Sistema Único de Saúde, de natureza administrativa, não arredam a legitimidade solidária dos entes federativos para responder às demandas de fornecimento de medicamentos, exames ou procedimentos deduzidas pelos desprovidos de recursos financeiros indispensáveis ao seu custeio. **RECURSO DESPROVIDO.** (RIO GRANDE SUL, 2019b, grifo nosso).

O caso em tela, é demanda pelo portador de leucemia mielóide crônica (CID 10 C92.1), conforme laudo médico acostado aos autos, assim, o autor pústula a dispensação dos medicamentos SPRYCEL 100MG e SPRYCEL 20MG, ficando devidamente comprovado nos autos que o autor não detinha condições de arcar com os referidos insumos, assim, requereu ao Estado e ao município que fornecessem os medicamentos.

Foi requerida a antecipação de tutela com força no art. 300 do CPC, fundamentado que restando aguardar o tempo útil do processo o direito poderia sofrer grave prejuízo e a decisão final poderia ser inútil. O pedido foi deferido em decisão de 1º grau. O município de Ijuí, RS, interpôs agravo de instrumento impugnando da decisão da ação ordinária.

Preliminarmente foi indeferido o efeito suspensivo postulado pelo Município recorrente, observando que a demanda preenche os requisitos previstos no art. 300 do CPC e a doutrina consolidada na instância superior.

O município alegou ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, ao passo que na organização do SUS compete à União fornecer medicamentos, porquanto os medicamentos solicitados não constam na relação daqueles de responsabilidade do Estado e o tratamento oncológico integral é prestado pelos Centros de Alta Complexidade em Oncologia - CACONs e Unidades de Alta Complexidade em Oncologia - UNACONs, custeados pela União. Argumentou que desta forma se estaria violando os princípios de organização do SUS e que os demais entes estatais não estão obrigados a prestar serviços de competência da União. Malgrado, asseverou a inexistência de solidariedade entre os entes públicos e que haveria violação do princípio da reserva do possível.

Não obstante a avaliação da responsabilidade solidária entre os entes federados nas questões que versam sobre o acesso à saúde, o Excelso Pretório assim decidiu em Recurso Extraordinário com repercussão geral:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. **RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS**. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. **O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.** (BRASIL, 2015). (grifo nosso)

Por fim, o Ministério Público, instado a se manifestar nesta instância recursal, apresentou parecer opinando pelo conhecimento e desprovisionamento do recurso. Diante do exposto, o voto foi por negar provimento ao agravo de instrumento.

Como delineado anteriormente, os argumentos desenvolvidos neste caso não se justificam tendo em vista que o art.23, II, da CF/88 dispõe que os entes federativos são solidariamente responsáveis, no que tange ao acesso a saúde. Vale ressaltar que a alegação de escassez de recursos orçamentários por parte do município e o princípio da reserva do possível como justificativa das eventuais limitações do Estado em razão de suas

condições financeiras, não sobressaem ao direito a saúde e, consequentemente, sobre o direito à vida, os quais são constitucionalmente garantidos.

5 O papel do poder judiciário no enfrentamento da questão sobre o fornecimento de medicamentos no município de Ijuí/RS

Ao interpretar o artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil (2019), entende-se que os direitos sociais, especificamente o direito à saúde, são direitos subjetivos, ou seja, são direitos que podem ser exigíveis perante o Poder Judiciário. Portanto, o cidadão pode recorrer ao Judiciário para satisfazer suas necessidades, visto que a tutela jurisdicional não atinge a independência e a separação dos poderes. (DANIELLI, 2017).

Atualmente não basta a que os direitos subjetivos estejam elencados no texto constitucional, sendo exigível que a Administração Pública garanta ao cidadão a efetivação da cidadania e a dignidade da pessoa humana. O fato é que na busca pela concretização do direito fundamental à saúde está sendo, na maioria dos casos, necessária a fomentação do Poder Judiciário para que o cidadão tenha seu direito concretizado. (BERWIG; TONEL, 2018).

Entende-se que o Judiciário não está elaborando novas políticas públicas ao decidir que a prestação do direito à saúde seja efetivada, porém, tão somente, garantindo o comprimindo da tutela constitucional, uma vez que o direito subjetivo já está elencado no rol dos direitos fundamentais. Portanto, destaca-se o papel ativo nas decisões do Poder Judiciário para efetivar o direito à saúde no Brasil, determinando o seu cumprimento, no que tange especificamente ao fornecimento de medicamentos. (AITH, 2017).

A problemática, portanto, está na falta de prestação do direito à saúde e execução das políticas públicas pelos entes federativos. Nesse sentido, Calos Alexandre Amorim Leite (2014, p. 159), tem como objetivo principal da sua dissertação de mestrado demonstrar que pode

[...] ser possível a participação do Judiciário na efetivação do direito fundamental social à saúde, nomeadamente quando há a inércia proposital dos poderes políticos na implementação de prestações sociais de saúde, em que sobressai a falta de um maior compromisso social do Poder Executivo.

Evidentemente quando não é ofertado algo que o cidadão busca no SUS, apura-se a eventual inexistência, em que a Administração se omitiu ao elaborar as listas de fármacos, não disponibilizar um referido medicamento. Todavia, o Poder Público pode estabelecer vedações/restrições para o uso/fornecimento de alguns medicamentos, entretanto o Poder Judiciário vai analisar cada caso para efetivar a dignidade da pessoa humana e a garantia do mínimo existencial. (BLIACHERIENE; SANTOS, 2010).

Nesse contexto, por mais que a Administração Pública tenha autonomia em função da separação dos poderes e faça uso sua discricionariedade, ela não pode negar-se a prestação do direito fundamental à saúde, visto que possui prerrogativas, visando a concretização do interesse público de modo que sempre concretize meios para que o cidadão tenha uma vida digna. Portanto, no que tange o regime jurídico-administrativo, os atos administrativos estão condicionados ao controle jurisdicional. (BERWIG; TONEL, 2018).

Não existem direitos absolutos, todavia a saúde é um direito fundamental que deve ser garantido a todos de forma universal e a reserva do possível não pode estar condicionada a concretização dos direitos sociais. Portanto, o Poder Judiciário deve tomar suas decisões de forma crítica e sentir a importante responsabilidade que o Estado tomou para si quando assinou o contrato social, em que assumiu uma questão primordial com o cidadão. (LEITE, 2014).

As normas que oferecem o direito a saúde ao cidadão e estabelecem as grandes bases de sua proteção, são o resultado de um longo processo constituinte brasileiro e que agora a proteção ao direito à saúde é garantida ao cidadão, pelo Poder Judiciário, quando ocorre a omissão estatal, que vem constantemente decidindo de forma a efetivar um pacto que a sociedade brasileira tem como benefício a saúde individual e coletiva. (AITH,

2017). Portanto, os medicamentos quando “[...] considerando-se as formulações deontológicas do direito para afirmar-se um direito subjetivo, deve-se analisar a equivalência lógica entre direito e obrigação, não direito e privilégio”. (DANIELLI, 2017, p 52).

Por fim, o Poder Judiciário vem enfrentando as questões relativas a efetivação de medicamentos no município de Ijuí/RS de maneira coerente ao elencando no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, visto que as decisões judiciais são favoráveis ao “[...] direito social sem quaisquer limites diz respeito à real comprovação, pela entidade estatal, de que não possui disponibilidade financeira para atender à pretensão social do cidadão”. (LEITE, 2014, p. 174). Também, não ocorre a violação ao princípio da separação dos poderes, uma vez que o Judiciário é provocado para determinar a realização e prestação de política pública, tentando minimizar as diferenças sociais existentes.

Considerações finais

A Constituição Federal de 1988, elaborada de maneira exemplar fundada em uma democracia participativa, foi inovadora no reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana, principalmente na universalização do serviço público de saúde, classificando-o como direito do cidadão e dever do Estado.

O direito vital é disposto, despertando no cidadão a expectativa de seu exercício, principalmente porque diz respeito a sua vida em sociedade e ao seu bem-estar-social. Contudo, pode-se observar uma contradição entre o estabelecido e o praticado, entre o “dever ser” disposto na lei e o “ser efetivado” pela Administração Pública, no dia a dia do cidadão.

Os programas existentes para distribuição de medicamentos que atendam universalmente a população, com recursos da União, Estados e Municípios, dependem de uma seleção e critérios de distribuição de medicamentos por enfermidades específicas. Os pontos de distribuição mostram um processo amplo, em que a Administração Pública busca o

atendimento das demandas da população. Reconhecer esse esforço não significa, todavia, concordar com o estágio atual do atendimento da saúde pública no Brasil.

Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito, tem o dever de garantir aos cidadãos os direitos fundamentais proporcionando o mínimo necessário para que todos vivam dignamente em sociedade. Encontra-se, nesse contexto, o direito à saúde, que é primordial para a concretização de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana (Art.1º, III, da CF/88), que coloca o ser humano como o centro e o fim do Direito, devendo ser respeitado enquanto pessoa e preservado em sua existência.

A partir desse estudo se verifica que a busca pelos medicamentos nas vias judiciais está apresentando resultados positivos, mas que a própria Defensoria Pública está recorrendo às vias administrativas, primeiramente, e somente para os casos em que não resta outra alternativa recorre às vias do Poder Judiciário para garantir o direito à saúde em busca da concretização da dignidade humana.

Isto posto, é possível constatar-se até o presente momento que o número de ações no que concerne à efetivação do direito à saúde no município de Ijuí/RS se mostra significativo, tendo como principais demandas a busca por medicamentos. Os argumentos utilizados tanto pelo município quanto pelo Estado na tentativa de se omitir de suas respectivas competências, em sua maioria, são evasivas e improcedentes.

Quando o cidadão recorre as vias do Poder Judiciário ele se depara com um ente inteiramente responsável e que vem decidindo de maneira a garantir que o seu direito constitucional e supremo seja efetivado na omissão estatal. O direito à saúde é sem dúvida o mais precioso do ser humano e sem ele não existe uma vida digna, é efetivado do direito à liberdade, pois sem um a existência do outro não tem sentido. Até que as atividades da Administração Pública ainda forem insuficientes para atender às necessidades e urgências dos cidadãos, o Poder Judiciário constitui o instrumento

adequado e legítimo possível de sempre provocado para decidir demandas da sociedade

Com efeito, direito fundamental à saúde é garantir um mínimo existencial ao cidadão. Todavia, é clara a capacidade dos entes federativos para elaborar meios possíveis para combater a necessidade de judicializar este direito social. Assim, na medida em que se verificar a prestação eficiente dos serviços públicos, conseqüentemente, vai reduzir a busca da efetivação dos direitos através da intervenção do Poder Judiciário.

Referencias

AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Direito à Saúde e Democracia Sanitária**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

BERWIG, Aldemir; RÍGOLI, Bruna. Direito administrativo: possibilidade ou obstáculo à concretização da cidadania? In Zeifert, A. P. B. Nielsson, J. G., & Wermuth, M. A. D (Orgs.), **Debatendo o direito** (pp. 98-112). Bento Gonçalves, RS: Associação Refletindo o Direito, 2016.

BERWIG, Aldemir; TONEL, Rodrigo. **AÇÃO administrativa, discricionariedade e concretização da cidadania**: aspectos controversos do direito a saúde. Anais do III Congresso Jurisdição, Democracia e Direitos Humanos. Santa Rosa: Unijuí, 2018.

BLIACHERIENE, Ana Carla e SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à Vida e à Saúde – Impactos Orçamentário e Judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Departamento de Atenção Básica. Política Nacional de Atenção Básica / Ministério da Saúde**. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. – Brasília: Ministério da Saúde, 2012a.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.488, de 21 de outubro de 2011**. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2488_21_10_2011.html>. Acesso em: 23 maio 2018b.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 423 de 09 de julho de 2002**. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2002/prto423_24_06_2002.html> Acesso em: 18 maio 2018c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855178 RG**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe 16-03-2015d.

DANIELLI, Ronei. **A judicialização da saúde no Brasil. Do viés individualista ao patamar de bem coletivo**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FELICIELLO, Domenico; VILLALBA, Juliana Pasti. **Regulação da saúde no SUS / Organizadores** - Campinas, SP: UNICAMP/NEPP/ AGEMCAP, 2016.

IJUÍ. **Lei 5.743, de 22 de março de 2013**. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/rs/i/ijui/lei-ordinaria/2013/574/5743/lei-ordinaria-n-5743-2013-dispoe-sobre-a-estrutura-organizacional-da-administracao-direta-do-poder-executivo-do-municipio-de-ijui-estabelece-as-atribuicoes-dos-orgaos-revoga-leis-que-menciona-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 30 maio 2018a.

IJUÍ. **Lei Orgânica**. 1990. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/lei-organica-ijui-rs>>. Acesso em: 18 maio 2018b.

LEITE, Carlos Alexandre Amorim. **Direito fundamental à saúde: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial**. Curitiba: Juruá, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. **Agravo de Instrumento Nº 70075958470**, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 08/03/2018a.

RIO GRANDE DO SUL. **Medicamentos**. Como ter acesso aos medicamentos do SUS. Disponível em: <<http://www.saude.rs.gov.br/medicamentos>>. Acesso em: 28 abr. 2018b.

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

SCLIAR, Moacir. **Do Mágico ao Social: a trajetória da saúde pública**. Porto Alegre: L&PM Editores, 1987.

Direito à informação e educomunicação: cidadania e direitos humanos na sociedade em rede

*Marcello Kochhann Lucas*¹

*Vera Lucia Spacil Raddatz*²

Introdução

O presente estudo buscar apresentar a sociedade em rede como um universo em que o cidadão tem algum tipo de voz, mas precisa do direito à informação para exercer a sua cidadania. Se a sociedade em rede é o lugar onde circula a informação e o conhecimento, o direito à informação é essencial para exercer a cidadania nesse espaço. Na perspectiva dos direitos humanos, a educomunicação é um novo paradigma que fornece os elementos substanciais para produzir uma compreensão humana e a humanização desta sociedade. É necessário repensar a educação para as mídias e o mundo digital, por onde circula a informação e o conhecimento. A educomunicação é o paradigma que pode contribuir para esta ideia.

Trata-se, portanto, por meio do método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, busca-se vislumbrar a educomunicação como parceira do direito à informação para criar uma cultura de direitos humanos.

¹ Mestrando em Direitos Humanos pela Unijuí, bolsista CAPES. Pós-graduando em Relações Internacionais e Diplomacia pela UNISINOS.

² Doutora em Comunicação e Informação pela UFRGS. Professora do PPGDH- Mestrado e Doutorado da Unijuí e professora dos cursos de graduação em Jornalismo e Publicidade e Propaganda.

Direitos Humanos, Direito à Informação e Democracia

Os direitos humanos adquiriram nos últimos anos uma importância significativa na sociedade e a garantia desses direitos é indispensável em ambientes democráticos, mesmo quando desrespeitados. Eles representam um passo importante para a solução de conflitos, um padrão avançado de civilização e um objeto fundamental para a harmonia da sociedade internacional.

No início da democracia, na democracia ateniense, a comunicação cívica era presencial. Reuniam-se na ágora e discutiam as principais pautas da pólis. Atualmente, essa ação é mediada pelos meios de comunicação de massa, que, exceto a internet, no Brasil, são ocupados predominantemente por grupos privados que utilizam esses jornais, revistas, televisões e rádios para defender seus interesses. Essa comunicação é um objeto essencial à democracia e é considerada por muitos estudiosos o quarto poder do estado, ao lado do poder judiciário, legislativo e executivo, pelo fato de ser um órgão fiscalizador, que denuncia, critica e faz a opinião pública refletir sobre inúmeras pautas.

O conceito de quarto poder, segundo Albuquerque (2009), se refere à imprensa como *fourth estate*, ou seja, um quarto estado que estaria representando os interesses do restante da sociedade; portanto, o papel da imprensa seria tornar público temas antes só restritos à classe política.

Mesmo que na prática não aconteça, o papel da imprensa regulamentada é de informar. A televisão, por exemplo, pode influenciar a opinião pública, a ponto de um tribunal de júri ser influenciado, e geralmente o faz pelo senso comum, o qual foi construído por meio de perspectivas audiovisuais de persuasão que o meio televisivo exerce muito bem. O caso da família Nardoni é um típico exemplo dessa persuasão: uma criança foi assassinada por seu pai e madrasta, mas o julgamento, antes mesmo de acontecer, já tinha sido feito pela população, por conta da vasta exposição midiática. Antes mesmo do julgamento, a prisão preventiva do casal foi decretada, tendo como um dos motivos manter a ordem pública, devido

ao abalo gerado na sociedade, por intermédio da mídia. Como afirma o trecho do despacho da prisão preventiva:

Queiramos ou não, o crime imputado aos acusados acabou chamando a atenção e prendendo o interesse da opinião pública – em certa medida, deve-se reconhecer, pela excessiva exposição do caso pela mídia que, em certas ocasiões, chegou a extrapolar seu legítimo direito de informar a população – o que, no entanto, não pode ser ignorado pelo Poder Judiciário e fazer-se de conta que esta realidade social simplesmente não existe, a qual dele espera uma resposta, ainda mais se levarmos em consideração que o inquérito policial que serviu de fundamento à presente denúncia encontra-se embasado em provas periciais que empregaram tecnologia de última geração, raramente vistas – o que é uma pena – na grande maioria das investigações policiais, cujos resultados foram acompanhados de perto pela população, o que lhe permitiu formar suas próprias conclusões – ainda que desprovidas, muitas vezes, de bases técnico-jurídicas, mas, mesmo assim, são conclusões – que, por conta disso, afasta a hipótese de que tal clamor público seja completamente destituído de legitimidade. (Decisão Judicial, 2008)

O documento evidencia o peso que a mídia exerce na opinião pública, influenciando, por conseguinte, as decisões da Justiça.

Os meios de comunicação de massa têm a importância, também, de contribuir para nortear o pensamento da sociedade na contemporaneidade e contribuir para os movimentos de revolução social.

A denúncia da dominação da mídia se faz presente na avaliação de Comparato:

[...] a organização do espaço público de comunicação – não só em matéria política, como também econômica, cultural ou religiosa – faz-se, hoje, com o alheamento do povo, ou a sua transformação em massa de manobra dos setores dominantes. Assim, enquanto nos regimes autocráticos a comunicação social constitui monopólio dos governantes, o espaço de comunicação social deixa de ser público, para tornar-se, em sua maior parte, objeto de oligopólio da classe empresarial, a serviço de seu exclusivo interesse de classe (COMPARATO, 2001, p. 10)

Os *mass media*, como também são chamados, são acusados de ser responsáveis por alienar a população de determinados temas. Deveriam idealmente funcionar como um “megafone” da opinião pública, mas, na verdade, se posicionam defendendo seus interesses corporativos, comerciais e políticos.

Na área da comunicação, algumas teorias e abordagens vêm aprofundando a percepção sobre a forma como a mídia atua na sociedade e sobre o indivíduo. A corrente teórica funcionalista, por exemplo, explica isso por meio do estudo das relações entre os meios de comunicação e a sociedade. O modelo funcionalista estudado é o processo de comunicação social entre emissor e receptor que depende de mensagens pertencentes a um contexto, difundidas por um meio de comunicação e por formadores de opinião legitimados, gerando interações recíprocas.

Mas, segundo Martín-Barbero (2000), podemos compreender a comunicação de outra forma: a partir das mediações, local onde se compreende a interação entre a produção e a recepção. O que os *mass media* produzem não corresponde mais apenas ao comercial, industrial, mas também às exigências do caldo cultural em que estamos inseridos. A mediação está inserida nas práticas sociais e no cotidiano. Assim, “o eixo do debate deve se deslocar dos meios para as mediações, isto é, para as articulações entre práticas de comunicação e movimentos sociais, para as diferentes temporalidades e para a pluralidade de matrizes culturais” (MARTÍN-BARBERO, 2002, p. 55).

Essas abordagens teóricas, que marcam a comunicação como área do conhecimento, permitem ponderar sobre a relação sempre tensa entre o indivíduo e a sociedade.

O direito humano de comunicar seus anseios e necessidades, juntamente com os meios de comunicação, caracteriza a reprodução social do indivíduo. A comunicação é um direito intrínseco ao ser humano de expressar sua opinião e manifestar seu pensamento. E por meio dessa manifestação de pensamento a sociedade pode evoluir, construir e repensar valores, alcançando liberdade para o indivíduo a par de coesão social.

É esse equilíbrio que sobressai do documento firmado pela Organização das Nações Unidas quando se refere à liberdade de opinião e expressão:

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão. (ONU, 1948, np).

O ser humano, excluído da informação, não pode exercer sua cidadania, logo não tem condições para que haja o cumprimento dos direitos humanos inerentes a este indivíduo. Compreende Raddatz (2012) que, entre todos os direitos assegurados pela legislação brasileira, o direito à informação é o que ambienta o cidadão sobre questões sociais, contribuindo para que ele interaja com seus pares de forma responsável e solidária.

Informar-se é investir no conhecimento, considerando que informação não é a mesma coisa que conhecimento, mas é a condição para adquiri-lo. Usufruir do direito à informação é uma maneira de exercitar a cidadania e reconhecer os demais direitos, posicionando-se em relação a eles e rediscutindo-os para a evolução da sociedade. (RADDATZ, 2012, p. 307).

Sem a garantia de um Direito Humano à Comunicação também não há dignidade humana e a democracia se encontraria frágil, talvez fracassada. Compreende-se então que a garantia de tal direito, além de dar voz aos que não são ouvidos, proporciona também avanços em termos de dignidade humana e ainda garantiria um eficiente Estado Democrático de Direito. Então, a Declaração Universal dos Direitos Humanos teria de ampliar o direito humano à informação, como afirma Guareschi:

Virá o tempo em que a Declaração Universal dos Direitos Humanos terá de abarcar um direito mais amplo que o direito humano à informação (...). Esse direito 'mais amplo' vai além da pura liberdade de opinião, de expressão, de investigação e de difusão dessas informações. Ele faz parte de seu próprio ser. É um direito que o explicita, o desdobra, o multiplica e o complementa, pleni-ficando-o como ser humano. Ser humano é comunicar-se. É uma dimensão intrínseca de seu ser. Todos os demais direitos, poder-se-ia dizer, têm como

origem essa dimensão comunicativa do ser humano; e as demais instâncias como a liberdade, a democracia, a política e a ética são impensáveis fora do exercício do direito humano à comunicação. (GUARESCHI, 2013, p. 176)

Os meios de comunicação não são os únicos detentores de informações. Existem dados e documentos de interesse público que podem ser analisados pelos indivíduos no poder executivo, museus etc. O acesso à informação nestes ambientes foi estabelecido pela Lei Federal 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI), que trata dos procedimentos que, obrigatoriamente, devem ser adotados por órgãos municipais, estaduais e federais para garantir o acesso à informação sobre as ações públicas aos cidadãos.

Art. 3º - Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública. (BRASIL, Lei n 12.527,18 de Novembro de 2011)

A Lei foi uma luta de jornalistas, pesquisadores e representantes da sociedade civil, unidos pela expectativa de um Estado que se comunicasse mais e melhor com a sociedade, garantindo o direito de informar e ser informado. Um Estado transparente, enfim. O contexto atual converge para a percepção de um forte entrelaçamento entre os meios de comunicação de massa e a luta pelos direitos humanos. Trata-se de um momento em que a mídia se sobressai como uma instância de poder que contribui para os discursos e narrativas que norteiam o pensamento coletivo da sociedade.

Sociedade da Informação, Sociedade em Rede e Cultura

A sociedade da informação age lado a lado de uma economia da informação. O avanço de rotinas computacionais são a base técnica dessa era. Diariamente, via redes sociais e as trocas de serviços na rede, circulam bits, terabytes e protocolos. O espaço da virtualidade é ambiente favorável

aos serviços e uma economia da troca. A rede funciona no informaciona-
lismo de forma distribuída, descentralizada e anonimizada. As empresas
de comunicação num movimento de retroalimentação tentam se adaptar
o tempo todo a essa sociedade da informação, criam alternativas dentro
do modelo econômico de alcance máximo do lucro.

A cultura comum da sociedade em rede global é uma cultura de protocolos que
permite a comunicação entre diferentes culturas sobre a base, não necessari-
amente de valores partilhados, mas de partilhado valor da comunicação. Isto
que dizer que a nova cultura não está baseada no conteúdo mas no processo,
tal como a cultura democrática constitucional se baseia no procedimento e não
em programas concretos. A cultura global é uma cultura da comunicação pela
comunicação. É uma rede aberta de significados culturais que podem não só
coexistir, mas também interagir e modificar-se mutuamente sobre a base
deste intercâmbio. A cultura da sociedade em rede é uma cultura de protocolos
de comunicação entre todas as culturas do mundo, desenvolvida sobre a base
de uma crença comum no poder das redes e da sinergia obtida ao dar e receber
dos outros. O processo de construção material da cultura da sociedade em rede
está em marcha. Mas não se trata da difusão da mentalidade capitalista através
do poder exercido pelas elites dominantes herdadas da sociedade industrial.
Muito menos das propostas idealistas dos filósofos que sonham com um
mundo de cidadãos abstratos e cosmopolitas. É o processo pelo qual os atores
sociais conscientes de diferentes origens fornecem a outros os seus recursos e
as suas crenças, esperando receber o mesmo em troca e mais ainda: partilhar
um mundo diverso que acabe com o medo ancestral do outro. (CASTELLS,
2013, p.75-76)

A sociedade em rede de Castells tem nas infovias e na circulação de
informação seus parâmetros de categorização. É com a queda do mundo
soviético e o aparecimento das vias e tratados informacionais entre as na-
ções, que a sociedade em rede tem um grande impulso. A reestruturação
produtiva que passa pelo trabalho imaterial e de formas de controle ins-
tauram novos desafios para o campo da comunicação. O neoliberalismo é
o modelo de desenvolvimento escolhido pelos liberais da regulação das li-
berdades. É basicamente assim que funcionam as grandes corporações
tecnológicas como Google e Facebook, se servem dos nossos dados digitais,

que nada mais são do que nossas sensibilidades e expressões expostas, realizam dessa forma uma gestão da vida no terreno do ciberespaço.

Por esse motivo, o cidadão precisa aprender a interpretar a informação que circula na rede para, então, usá-la, pois sabemos que informar e comunicar são elementos emancipadores do sujeito (WOLTON, 2010). Sabe-se também, que este não é um fato simples, ele é tão complexo que se torna um dos desafios deste milênio, pois se trata de uma sistemática totalmente inovadora. Porém, é um processo imprescindível e urgente, haja vista que “Educação e comunicação são necessidades exigidas em todos os campos em que prevalecem as relações humanas e técnicas”. (KENSKI, 2008, p. 647), pois os dois elementos possuem capacidade absoluta de transformação dos indivíduos e da sociedade.

Nessa linha de raciocínio que adentramos a temática da educomunicação como um emancipador do sujeito, participes da construção de um estado democrático e de direito, com justiça, igualdade e liberdade. Esse é o tema da próxima seção.

Educação e Comunicação para os Direitos Humanos

A educomunicação nasceu e se desenvolveu na América Latina com Paulo Freire (1967), Mário Kaplún (1998) e Martín-Barbero(2002) a partir dos pressupostos da liberdade de expressão, enxergando a comunicação na relação da educação como um lugar para o debate, a reflexão e a socialização e não como uma técnica de persuasão. Por isso, conceitos como ecossistema comunicativo, comunicação dialógica são elementares para pensar a educomunicação dentro dos espaços da escola, tendo em vista que é ali que se desenvolvem os sujeitos-cidadãos a partir dos conhecimentos que constroem e das experiências que compartilham. Como hoje as tecnologias permeiam a cultura contemporânea, é natural que elas se façam presentes nessa conjuntura do saber, nas práticas e nas teorias de ensinar e aprender. Raddatz (2017, p. 161) afirma que:

Experiências com tecnologias dentro da escola com rádio, televisão, internet, smartphones, aplicativos e telefonia - com uma proposta educacional - são desafiadoras. Primeiro, porque essas experiências geram o desconforto de desacomodar-se do lugar da rotina, o que exige desprendimento, vontade e inspira a mudança. Segundo, porque obriga a aprender e a ensinar a administrar os conflitos, a compreender as diferenças e a respeitar outros pontos de vista, bem como a desenvolver sua própria comunicação e expressão. Terceiro, porque a lição não está pronta, mas precisa ser construída no coletivo e o resultado não é quantificado em uma nota, mas qualificado no processo.

Na sociedade em rede as informações, os conteúdos e o conhecimento se difundem e livremente, gerando reações e comportamentos. Pela maneira rápida como esse processo se desenvolveu, a escola e as instituições que lidam com a educação em todos os níveis, não conseguiu acompanhar esse movimento de modo célere para ser eficaz o suficiente para retirar desse novo espaço de sociabilidade os elementos ou as ferramentas para serem incorporadas no processo de educação. Até a própria consciência de que é preciso fazer isto não se deu de modo imediato. Hoje sente-se a necessidade da educação se apropriar do espaço da sociedade em rede para implementar práticas dentro e fora da sala de aula, de modo a contribuir para a formação da nova cidadania e formação de uma cultura de respeito e proteção dos direitos humanos. Compreende-se que a educação é o paradigma que pode contribuir para essa concepção de educação.

Considerando que o ambiente de educação também é um lugar onde ocorrem manifestações de ódio, preconceito e discriminação, bem como alguns tipos de violência, seja física ou psicológica, como o *bullying*, por exemplo, é importante que as práticas e a construção do conhecimento não desconheçam essas questões, mas façam o enfrentamento destas pelo debate, estudo de casos, produção de conteúdos e reflexão. Entende-se que a educação é o campo de intervenção que pode contribuir nesse processo pelas características de sua proposta, a partir das mídias, das tecnologias e da comunicação.

Conclusão

A constituição de uma nova sociedade baseada na sociedade da informação e sociedade em rede demanda a discussão de alternativas para os mecanismos perversos que dela produz. E uma possibilidade estudada ao longo desse artigo, é que, através da educação podemos emancipar o cidadão e dar autonomia para que faça suas escolhas e conheça seus deveres. Por meio do direito humano a informação e da educomunicação, como uma política pública presente nas escolas e educandários haverá as ferramentas e os mecanismos para se produzir uma nova consciência sobre direitos humanos e uma alternativa de emancipação do sujeito como cidadão, pois não se exerce cidadania sem comunicar-se e informar-se. Tendo em vista ainda, que a informação é a base para se adquirir o conhecimento.

Por fim, podemos compreender que o processo de apropriação dos meios na sociedade em rede está intimamente ligado com educação e comunicação. Portanto, basta criar políticas públicas de educomunicação e investir na educação para os meios(mídia).

Referências

- ALBUQUERQUE, A. **As três faces do quarto poder**. Trabalho apresentado ao Grupo de Trabalho “Comunicação e Política”, do XVIII Encontro da Compós, na PUC-MG. Belo Horizonte, MG, jun. 2009.
- CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**. Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.
- COMPARATO, Fábio. **A democratização dos meios de comunicação de massa**. Revista USP: São Paulo, 2001.
- FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1967.
- GUARESCHI, Pedrinho A. O Direito Humano à Comunicação: pela democratização da mídia. Petrópolis, RJ: 2013. **Revista Opinião Filosófica**. Disponível em: <<http://periodico.abavaresco.com.br/index.php/opiniaofilosofica/article/view/679>>. Acesso em: 20 out. 2017.

KAPLÚN, Mario. **Una pedagogía de la comunicación**. Madrid: Editorial de la Torre, 1998.

KENSKI, Vani Moreira. Educação e comunicação: interconexões e convergências. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v29n104/a0229104.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2015

MARTÍN-BARBERO, Jesús. **La educación desde la comunicación**. Buenos Aires: Grupo Editorial Norma, 2002.

MARTIN-BARBERO, Jesús. Comunicação e mediações culturais. **Revista Brasileira de Ciências da Comunicação**, São Paulo, vol. XXIII, n. 1, jan-jun. 2000.

RADDATZ, Vera Lucia Spacil. Educomunicação (verbete). In: GRIEBELER, Marcos Paulo Dhein; RIEDL, Mario. (Orgs.). **Dicionário de Desenvolvimento Regional e Termos Correlatos**. Porto Alegre: Conceito, 2017.

RADDATZ, Vera Lucia Spacil. Direito à Informação: um requisito para a cidadania na sociedade contemporânea. In: BEDIN, Gilmar Antonio (Org.). **Cidadania, Direitos Humanos e Equidade**. 1. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2012, v. 1, p. 297-313.

WOLTON, Dominique. **Informar não é comunicar**. Porto Alegre: Sulina, 2010.

**Extensão universitária como meio de difusão de conhecimento:
uma análise da atuação do projeto aprendizado
jurídico no município de Santiago**

*Marcos Augusto Ribeiro dos Santos*¹

*Fabiana Barcelos da Silva Cardoso*²

1. Introdução

Antes de qualquer discussão a respeito dos componentes construtores de um projeto de extensão que busca difundir conhecimento, cabe ressaltar a dimensão e conteúdo que esta proposta traz em si, pois os direitos humanos representam valores essenciais, que são explicitamente ou implicitamente retratados nas Constituições ou nos tratados internacionais.

Outrossim, a sua fundamentalidade pode ser formal, por meio da inscrição desses direitos no rol de direitos protegidos nas Constituições e tratados, ou pode ser material, sendo considerado parte integrante, aquele que mesmo não expresso é indispensável para a promoção da dignidade humana.

Deste modo, para alcançar a realização de seus projetos de vida individuais, sociais ou de humanidade, a pessoa humana tem de atender às exigências de um condicionamento imensurável: submeter-se às leis da natureza e construir o seu mundo cultural. Logo, a sociedade cria o Direito

¹ Acadêmico regularmente matriculado no curso de Bacharelado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. marcosaugustoqwerty@gmail.com

² Orientadora e professora do Curso de Direito. Mestra em Direito. Departamento de Ciências Sociais Aplicadas - URI Câmpus Santiago. fabiana.barcelos@urisantiago.br.

e, ao mesmo tempo, se submete aos seus efeitos. É nesse ínterim que se funda o estudo do Direito, enquanto imposição, primeiramente, de um processo de assimilação e, posteriormente, de adequação de atitudes, diante dessas normas que, em grande parte, advêm dos direitos humanos.

O conhecimento do ordenamento jurídico estabelecido não é preocupação exclusiva de seus destinatários, ou seja, o mundo das relações jurídicas se dedica à compreensão do verdadeiro sentido e alcance das regras introduzidas no meio social. Esta fase de cognição do Direito algumas vezes é complexa. E, apesar das diferenças em relação ao conteúdo, os direitos humanos têm em comum quatro “ideias-chave” ou marcas distintas: universalidade, essencialidade, superioridade normativa (preferenciabilidade) e reciprocidade.

A proeminência do Projeto Aprendizado Jurídico se fundamenta em os direitos humanos constituírem a base sustentadora das garantias e direitos fundamentais da nação brasileira, tornando imperioso construir e facilitar espaços que possibilitem a sua compreensão teórica, bem como, a sua aplicabilidade. E, de forma mais cogente, dentro da academia, deve ser propiciado que o conhecimento dos direitos transcenda a descrição da norma, mas que seja identificada através da sociabilidade humana. E, acima de tudo, os espaços e diálogos já estabelecidos, não podem ser fechados, pois os direitos humanos não cessam, não se extinguem e não se abandonam. Pois antecedem as normatizações, seu reconhecimento e, por decorrência, as suas tutelas. O que se deve sempre inovar, são as possibilidades e formas de identificá-los, garanti-los e propagá-los, pois o seu objetivo maior são os vulneráveis em sentido amplo e estrito.

2. Desenvolvimento

Direitos humanos e o papel do estado para a publicidade da informação

Rudolf Von Jhering, ao iniciar o célebre discurso que resultou na sua obra intitulada “A luta pelo direito”, já presentearia os juristas com a mais precisa definição do conceito de Direito:

A paz é o fim que o direito tem em vista; a luta é o meio de que se serve para o conseguir. Por muito tempo pois que o direito ainda esteja ameaçado pelos ataques da injustiça e assim acontecerá enquanto o mundo for mundo, nunca ele poderá subtrair-se à violência da luta. A vida do direito é uma luta: luta dos povos, do Estado, das classes, dos indivíduos. (2017, p.10)

Logo, acatando a ideia de que o direito é o meio, para um fim superior, a paz, cabe a toda sociedade buscar seus direitos, bem como cumprir suas obrigações. Porém, surge desse ideal uma problemática, oriunda de uma sociedade construída em cima de anos de desigualdades.

Assim, o direito como caminho para a solução de conflitos deve, todavia, sofrer um grande processo de publicidade de seu conteúdo. Sendo notório o fato de que as obrigações e direitos dos cidadãos estão presentes na maioria dos atos da vida civil, sendo a este necessário o conhecimento do que tem de fazer e o que tem a receber de direito.

A necessidade de conhecer direito próprio está diretamente ligada à raiz do que a academia denomina “direito-pretensão”:

O direito-pretensão consiste na busca de algo, gerando a contrapartida de outrem do dever de prestar. Nesse sentido, determinada pessoa tem direito a algo, se outrem (Estado ou mesmo outro particular) tem o dever de realizar uma conduta que não viole esse direito. Assim, nasce o “direito-pretensão” (RAMOS, 2018, p.30)

A pretensão do cidadão ao exigir que o Estado o faça ciente daquilo que é de suma importância, configura um direito fundamental. Partindo do princípio de que a convivência em sociedade é regulada por normas, estas, por sua vez, deverão logicamente ser publicitadas pelo mesmo que, após a transgressão destas, irá punir quem a efetuou.

Deste modo, o cidadão, ao solicitar ciência destas normas balizadoras, está exercendo o mais puro direito humano, o direito de ter direitos (RAMOS, 2018). Porém, ainda que solicitada informação, já se verifica falta por parte do Estado em fazer sua população ciente da mais básica lei, a Constituição Federal.

No ano de dois mil e treze, a Datasenado efetuou pesquisa onde um dos questionamentos era “Como você avalia seu nível de conhecimento sobre a atual Constituição brasileira?” (2013, s.p.).

Como esperado, de um Estado que historicamente negligencia sua população, os resultados são alarmantes:

Os resultados da pesquisa demonstraram que direitos, deveres e normas constitucionais precisam de mais divulgação entre os brasileiros. Isso porque pouco mais da metade dos entrevistados (50,8%) avalia ter conhecimento médio da Constituição, outros 35,1% disseram ter baixo conhecimento, enquanto 7,8% julgam não ter conhecimento nenhum. Apenas 5,3% dos participantes declararam possuir elevado conhecimento do texto constitucional. (DATASENADO, 2013, s.p.).

Outrossim, os dados que informam que 35,1% da população diz ter baixo conhecimento sobre a Magna Carta fazem acender o alerta para quais os rumos que a educação no país está seguindo. Todavia, a mesma pesquisa, realizada com jovens entre 16 a 19 anos, demonstra que a parcela que admite não ter “nenhum conhecimento” é de 16,7%. (2013, s.p.)

Logo, faz-se válida a afirmação de que o Estado em si mesmo falha com a população, ao fornecer o conhecimento básico do texto constitucional. Outro fato apontado pela pesquisa, que deve ser ressaltado, é de que o cidadão de baixa renda tende a ter conhecimento inferior a aquele que apresenta boas condições financeiras e mais estudos.

Por outro lado, os respondentes com ensino superior afirmam ter alto nível de conhecimento com maior frequência do que os entrevistados com grau de instrução menor. O nível de conhecimento sobre a Carta também varia com relação à renda: comparados com pessoas de renda menor, respondentes com renda de 5 salários ou mais afirmam ter alto conhecimento com maior frequência (DATASENADO, 2013, s.p.)

Os dados apresentados fazem provar a necessidade da terceirização da publicidade dos conhecimentos acerca não somente da Constituição Federal, mas sim do ordenamento jurídico como um todo. Para tal objetivo,

surtem as universidades, pautadas no ensino, pesquisa e extensão como um grande meio para que se chegue a um resultado satisfatório.

Todavia, o ato de exercer extensão em um curso de Direito de uma universidade comunitária é o ato de contraprestação com a sociedade de que se cerca. Por intermédio da extensão, pode-se chegar a uma grande melhora do conhecimento e interesse dos cidadãos afetados pelos projetos.

Extensão e pluralidade perante a legislação pátria

Para compreender a operabilidade da extensão por parte das universidades para a divulgação das normas jurídicas, deve-se, em um primeiro momento, compreender a valoração da educação empregada com acentuada importância. Para detectar esta, deve-se começar apurando os princípios empregados para a codificação constitucional.

Esta, por sua vez, se encontra no artigo 206 da Magna Carta, que assim legisla:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;
- VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
- VII - garantia de padrão de qualidade.
- VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (BRASIL,1988)

Assim, focando olhares aos incisos II e III, tem-se, por uma visão constitucional, a educação como um bem público, que deverá de ser alcance de todos. Deste modo, encontra-se expressa no diploma legal a liberdade de cátedra, como um direito assegurado ao professor de livre exteriorização de seus conhecimentos e entendimentos aos alunos (BARROSO, 2017).

Todavia, é um direito com ressalvas, pois o mestre, ainda que livre de obstruções administrativas, é limitado a um currículo escolar preordenado pelo órgão competente (BARROSO, 2017). A liberdade de cátedra age em conjunto com o pluralismo de ideias previsto no inciso subsequente do artigo.

Esta, por sua vez, é também um direito à expressão, ao modo de interação do professor com seus alunos. No mesmo texto, há a previsão da equidade entre o serviço de educação pública e privada, reiterado pelo Supremo Tribunal Federal ao entender que os serviços de educação, sejam os prestados pelo Estado, sejam os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser desenvolvidos pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização (BARROSO, 2017).

Pode-se compreender que as instituições de ensino, como as de ensino superior, gozam de liberdade de ensinar. Esta liberdade, aliada ao ativo pluralismo de ideias, característico das universidades, faz deste lugar o ideal para que cumpra o papel estatal de esclarecer os direitos para a população vulnerável.

Não se pode deixar de mencionar o artigo 207 da Constituição Federal, que por sua vez reafirma o acima exposto. “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.” (1988, s.p.).

A menção constitucional ratifica a operabilidade interna das instituições de ensino superior, mencionada anteriormente pelos princípios do artigo 206. Com esta tutela constitucional, cabe às universidades, por meio

da extensão, cumprir o papel de fornecer informação vital ao convívio, nos espaços nos quais o Estado falha.

Outrossim, a prática extensionista também acaba por estreitar os laços entre a população e a universidade. Tal relação é fortalecida pelo exercício da extensão universitária, por permitir o diálogo entre as partes e a possibilidade de desenvolvimento de ações socioeducativas, com o objetivo de melhoria da qualidade de vida e redução de desigualdades e exclusões ainda presentes na sociedade (ROCHA, 2007). A socialização/compartilhamento de conhecimento acadêmico possibilita aos atendidos uma efetiva melhoria do entendimento sobre o que os cerca, bem como clareza de seus direitos.

Vale ressaltar que a Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões é uma universidade comunitária, logo, assume um compromisso de prosperidade com a sociedade da região onde se estabelece um de seus *campi*. Assim, a extensão acaba por abranger mais cidadãos do que apenas o ensino com a formação superior.

O livre exercício extensionista figura como uma via de mão dupla, acaba por não somente regalar a população com um conhecimento que só é acessível dentro da academia, mas também, agrega ensinamentos que são repassados, via relatos do cotidiano dos cidadãos assistidos: “Assim, alicerçado no princípio da extensão como um processo educativo, os projetos de extensão baseados na concepção acadêmica objetivam relacionar os diversos saberes, em uma íntima relação da produção do conhecimento com a realidade social”. (JENIZE, 2004, s.p.).

Deste modo, é efetivamente construído um conhecimento, embasado pela realidade da comunidade onde o campus habita, assim tornando a extensão parte importante para a tríplice base de toda universidade, ensino, pesquisa e extensão. Configurada como um grande meio para a geração de conhecimento, possuindo o mesmo peso das demais, com o diferencial de que proporciona aos adeptos vivências reais do que se busca ensinar nas salas de aulas e pesquisar nas bibliotecas.

Projeto aprendizado jurídico e seu exercício extensionista

O Projeto Aprendizado Jurídico atua historicamente como principal meio à disposição do curso de Direito da Uri Campus Santiago para o exercício da extensão desde o ano de dois mil e três. Sendo este um projeto guarda-chuva, possuindo atualmente oito grupos de estudos: Grupo de Estudos de Execução Penal e Criminologia (GEPCrim); Grupo de Estudos em Mediação (GEM); Grupo de Estudos do Direito do Consumidor (GEDC); Grupo de Estudos do Estatuto do Idoso (GEEI); Grupo de Estudo da Legislação das Pessoas com Deficiência (GELP); Grupo de Estudo da Infância e Adolescência (GEIA); Grupo de Estudo em Direito Ambiental (GEDA) e Grupo de Acolhimento, Pesquisa e Estudos das Relações de Gênero (GAPERG).

A atuação extramuros do projeto é notável, sendo esta reconhecida pela comunidade. Por meio da iniciativa, o curso se encontra presente em regiões mais precárias do município de Santiago-RS. Sendo imensuráveis as benesses advindas dos ensinamentos levados pelos professores e alunos participantes.

A escolha dos temas que intitulam e guiam os grupos se deu a partir de uma análise das necessidades da população santiaguense, advinda das vivências dos fundadores do projeto na região, aliada às possibilidades e especialidades do corpo docente do campus de Santiago. Foram escolhidos temas que representam grupos vulneráveis, a partir disto podendo intensificar a troca de conhecimentos visada pela atividade extensionista.

Dentro das temáticas estudadas pelos grupos, ressalta-se o Grupo de Estudos de Execução Penal e Criminologia (GEPCrim), que busca ilustrar a vida dentro do cárcere, com diversas visitas, fomento à pesquisa acadêmica a respeito da temática penal, bem como aproxima ex-apenados de uma vida após a ressocialização.

Ao abordar o tema da ressocialização, leva-se em conta a finalidade da pena, conforme legisla a Lei de Execução Penal: “Art. 1º A execução

penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.” (BRASIL, 1984, s.p.).

Sem o objetivo final de reintegrar o cidadão à sociedade, a pena se torna algo somente punitivo ao infrator. A privação de liberdade se torna desnecessária, sem um acompanhamento que busque e possibilite uma melhora significativa na vida do cidadão, para que assim não volte a ser punido novamente. (BRITO, 2018)

Outrossim, o Grupo de Estudo da Infância e Adolescência (GEIA) busca uma troca de conhecimentos entre jovens cidadãos do município e a comunidade acadêmica local, por meio de falas, viagens técnicas a centros socioeducativos. Priorizando jovens de menor poder econômico, o grupo realiza o trabalho de conscientização de vulneráveis.

Por meio das conversas realizadas com os jovens estudantes de escolas públicas de Santiago, demonstrou-se um método eficaz para a fixação das informações do direito dos infantes e adolescentes. Bem como possibilitou uma grande evolução dos debates internos do grupo, baseando-se nas explicações de vivências relatadas pelos adolescentes.

Um grande ponto trabalhado pelo GEIA nas atividades com os alunos assistidos passou pela abordagem da responsabilidade penal juvenil, a fim de fixar a consciência de que os atos infracionais praticados geram efeitos concretos à vida do transgressor.

Na obra de Emilio Garcia Méndez, o autor menciona que o Estatuto da Criança e do Adolescente não atua de forma tutelar, mas sim de modo também punitivista:

Por su parte, el modelo del ECA (Estatuto del Niño y del Adolescente) demuestra que es posible y necesario superar tanto la visión pseudo-progresista y falsamente compasiva de un paternalismo ingenuo de carácter tutelar, cuanto la visión retrógrada de un retribucionismo hipócrita de mero carácter penal repressivo. (2000, s.p.).

O grupo busca desmistificar o senso comum, que prega que as crianças e adolescentes que cometem atos infracionais não são punidos assim

como os adultos, por seus atos. Deste modo, as falas do grupo procuram demonstrar que é falsa a ideia de que o Estatuto colabora com a impunidade.

O Grupo de Estudos do Estatuto do Idoso (GEEI) e o Grupo de Estudo da Legislação das Pessoas com Deficiência (GELP) atuam juntamente, buscando o fomento da pesquisa, bem como auxiliaram o asilo de Santiago, com arrecadação de mantimentos para proporcionar bem-estar aos abrigados.

Sendo este o grupo que possivelmente atende o grupo mais vulnerável da sociedade, por muitos anos manteve o coral Cantar é Viver, formado unicamente por idosos da comunidade. Os grupos, unidos, realizaram a elaboração de cartilhas específicas sobre o direito dos idosos, com informações da Lei nº 10.741 de 2003, conhecida como Estatuto do Idoso, e dicas sobre cuidados a tomar nas relações de consumo.

O Grupo de Estudos em Mediação (GEM) exerce seu papel de incentivo aos futuros profissionais, ao esclarecer dúvidas sobre novos meios de resolução de conflitos. Por meio deste, o curso de Direito da URI Campus de Santiago busca demonstrar situações onde o método restabelecedor de laços é aplicado de modo positivo para as partes.

Levando adiante as ideias de John Paul Lederach, o GEM busca passar o olhar diferenciado para a transformação de conflitos, “Já que não existe uma lente única capaz de focalizar tudo, precisamos de várias lentes para enxergar diferentes aspectos de uma realidade complexa.” (2012, p.21).

Com os ensinamentos passados pelo autor, o grupo acaba por moldar profissionais com uma visão menos combativa de solução de conflitos. Logo, passando para a comunidade o costume de uma restituição de laços, ao mesmo tempo que resolve conflitos internos.

O Grupo de Estudos do Direito do Consumidor (GEDC) costumeiramente se faz presente junto à comunidade mais necessitada de conhecimento legal; ao esclarecer relações jurídicas de consumo, o grupo já se fez presentes em escolas de ensino médio e centros de referência em assistência social no município de Santiago. Assim, o grupo cumpre sua

função perante os cidadãos ao mesmo tempo que agrega ensinamentos únicos aos alunos.

Todavia, presume-se que o consumidor parte de um princípio de vulnerabilidade em relação ao fornecedor (FILOMENO, 2016). Esta é a visão que a doutrina e o legislador compartilham, uma vez que o país tem em vigência um código de proteção a esta parte do negócio jurídico, a Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

A escolha da temática do direito do consumidor para as atividades extensionistas se demonstra acertada. Ao passo que foram realizadas atividades extramuros, surgiram repetitivos casos de fornecedores que se valem do desconhecimento dos mais humildes. Logo, cabendo aos membros do grupo esclarecer direitos até então desconhecidos pela população atendida.

Outrossim, o Grupo de Estudo em Direito Ambiental (GEDA) fomenta o estudo sobre o Direito Ambiental, abrangendo o ser humano e suas novas relações e envolvimento com a tecnologia. Tais como inteligência artificial, fertilização in vitro, clonagem, a troca de mão de obra por máquinas, criogenia, os crimes cometidos pelas máquinas e possíveis penalidades.

Deste modo, o GEDA faz com que os acadêmicos desenvolvam o pensamento, visando um futuro próximo, com novas problemáticas. Assim, formando profissionais preparados para novas demandas.

Por fim, o Grupo de Pesquisa e Estudos das Relações de Gênero (GAPERG) oferece à comunidade, por meio de falas, informações sobre as relações de gênero, com um enfoque nos tipos de violência doméstica para a população local, ao mesmo tempo que fomenta pesquisas sobre a temática, tendo a violência doméstica como um mal a ser estudado e combatido. Ainda, enquanto atividade piloto, o grupo tem atuado junto ao Fórum local, dialogando com os agressores e vítimas antes das audiências, através de uma parceria com o Poder Judiciário e o Ministério Público.

Utilizando-se da Lei nº 11.340 de 2006, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, o grupo exerce seu papel de explanação para a

sociedade santiaguense vulnerável, ao mesmo tempo que coleta informações com comissões locais e realiza visitas a núcleos de militantes da causa como a OAB Mulher.

Resultados alcançados

Levando em conta o período entre dois mil e dezoito e dois mil e dezanove, o Projeto Aprendizado Jurídico: Articulação em Direitos Humanos da Universidade à Comunidade, realizou relevantes ações para os cidadãos do Município de Santiago, bem como para os alunos da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões.

O projeto mantém parcerias com a Prefeitura Municipal de Santiago e escolas públicas da região. Deste modo, permitiu-se a troca de conhecimentos com a mais variada gama de pessoas. Assim, possibilitou-se que, apenas neste período, o projeto, por meio de seus grupos, tenha alcançado uma média de quatrocentos cidadãos externos à universidade. O número se fez possível graças às falas realizadas pelos professores coordenadores e equipes de atendimento a grupos específicos formados por alunos dos cursos de Direito e de Psicologia.

Em relação aos afetados ligados à universidade, o projeto, por meio de suas realizações extensionistas e seus eventos internos, onde trouxe palestrantes ligados às causas militadas pelos grupos de estudos, estima-se que tenha chegado ao número de quatrocentos e oitenta pessoas, entre alunos da universidade, não somente do curso de Direito.

Em relação aos resultados para os cidadãos atingidos, percebe-se uma maior consciência do texto legal. Durante as atividades, percebeu-se que os ouvintes compartilham do interesse pelas normas do mesmo modo que os juristas que ali se faziam presentes. Assim, se tornou possível uma maior fixação dos ensinamentos a eles levado.

Do mesmo modo, o interesse da população permitiu uma maior interação. Logo, se pode extrair uma gama de conhecimentos demasiado

relevantes das aplicações do direito ao caso concreto, no cotidiano do cidadão que ignora as leis. Isso pode ser observado através das intervenções nos casos da Lei Maria da Penha n^o 11. 340 de 2006, nas questões relativas às relações de consumo, de gênero, ambientais e até mesmo humanitárias.

Como um todo, a convivência dos acadêmicos com esta parte da sociedade se apresenta como agregadora aos conhecimentos ensinados dentro dos limites da universidade. Acima de tudo, propicia a alteridade necessária a qualquer visão de direitos humanos, pois permite conhecer os grupos vulneráveis, aprendendo com estes, suas vivências e suas realidades.

Assim, prepara os alunos participantes dos grupos para uma realidade que será vivenciada com o exercício de qualquer carreira nos ramos em que pretendem atuar, formando profissionais mais inseridos à realidade que vão vivenciar quando ingressarem no mundo do trabalho.

3. Considerações finais

Considera-se que, no presente artigo, salienta-se a importância da extensão para a Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, bem como para as comunidades onde ela estabelece seus *campi*. Partindo pela análise dos direitos humanos que cercam a prática, onde se visualiza o conhecimento jurídico como um direito fundamental para a vida em sociedade.

Ao passo que se compreende a relação das comunidades humildes com as informações legais que o Estado espera destes cidadãos, se detecta a comprovada ausência de conhecimento do texto legal. Assim, surge a necessidade de que os centros de debate do tema dirijam-se até os locais onde o conhecimento mais básico é precário.

Após todas as razões e atividades acima descritas, cabe ressaltar que o Projeto Aprendizado Jurídico age de forma variável, seus temas de estudos, as vulnerabilidades se modificam, majoram ou diminuem, e a sua abordagem e identificação precisam ser compreendidas e repensadas.

Ainda, a interação entre teoria, prática, pesquisa e ação deve ser propiciada continuamente aos acadêmicos dos cursos envolvidos.

Justifica-se a necessidade de efetivação desse projeto, por se tratar de um projeto guarda-chuva, sendo um importante canal de extensão universitária dos Cursos de Direito e de Psicologia com a sua comunidade, trabalhando numa esfera essencialmente humanista e de interação com as pessoas em situações de vulnerabilidade. Sendo a URI uma instituição comunitária, essa integração da IES com a sua comunidade é mais que importante, é essencial e garantia de seu *status*. Igualmente, pretende-se que esse projeto desenvolva o espírito crítico, participativo e reflexivo dos(as) acadêmicos(as) e dos(as) professores(as), bem como a compreensão por parte da comunidade a ser beneficiada por esse projeto de sua participação cidadã, efetiva e inclusiva.

Boaventura de Souza Santos (1986) ensina que todos temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e que temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades. Desse modo, o Projeto Aprendizado Jurídico justifica a necessidade de realização deste Projeto, acreditando que através da extensão, se conhecerá as diferenças e desigualdades diante da lei, dos fatos e dos valores morais, e facultará a possibilidade do exercício da alteridade, em sua inter-relação sustentada no pilar dos direitos humanos, na pluralidade das vulnerabilidades, em uma concepção interdisciplinar.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso 01 out 2019.

_____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm > Acesso 01 out 2019.

_____. Lei n. **8.078**, de 11 de setembro de 1990. Disponível em & It; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.html>. Acesso 01 out. 2019.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 4.ed. São Paulo: Sairava Educação, 2018.

DATASENADO, **25 anos da Constituição**. Disponível em < <https://www12.se-nado.leg.br/institucional/datasetado/arquivos/brasilreos-reconhecem-importancia-da-constituicao-cidada> >. Acesso 01 out 2019.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual Direitos do Consumidor**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

JENIZE, Edineide. **As Práticas Curriculares e a Extensão Universitária**. Disponível em <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/cadernohumanas/article/viewFile/494/254>> Acesso em 01 out 2019.

JHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito**. Tradução João de Vasconcelos, 25. Ed Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LEDERACH, John Paul. **Transformação de Conflitos**. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

MÉNDEZ, Emilio García. **Adolescentes y responsabilidad penal: un debate latinoamericano***. Disponível em < <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina35229.pdf> > Acesso em 01 out 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33 e.d. São Paulo: Atlas, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Se Deus fosse ativista dos direitos humanos**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2018.

SILVA, Valéria. **Ensino, Pesquisa e extensão: Uma análise das atividades desenvolvidas no GPAM e suas contribuições para a formação acadêmica**. Disponível em <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/cadernohumanas/article/viewFile/494/254>> Acesso 01 out 2019.

A necessidade da proteção ao idoso, o problema do superendividamento e as ações do balcão do consumidor da UNIJUÍ – Campus Santa Rosa

*Maria Aparecida Kowalski*¹

*Fernanda Serrer*²

Introdução

Com base em dados colhidos pelo IBGE, se projeta um significativo crescimento na população de idosos em nosso país nos próximos anos. Com isso, é crucial que o Estado invista em políticas públicas específicas para a garantia da dignidade desta parcela populacional, bem como desenvolva metodologias de intervenção sobre a econômica, na medida em que o envelhecimento da população repercute em consequências mercadológicas e existenciais, uma vez que idosos ao mesmo tempo que deixam de ser produtivos necessitam de maiores recursos para a sua sobrevivência. A parcela crescente de idosos precisa começar a ser incluída e para isso, apenas a existência de leis protecionistas não é suficiente sem que haja fiscalização e punições para aqueles que não as respeitam. É importante refletir sobre as tantas mudanças que o envelhecimento populacional e a

¹ Aluna do Curso de graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Bolsista PIBEX do Projeto de Extensão “Conflitos Sociais e Direitos Humanos” da UNIJUÍ. E-mail: mariakowalski13@gmail.com.

² Professora do Curso de Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Extensionista do Projeto de Extensão “Conflitos Sociais e Direitos Humanos” da UNIJUÍ. E-mail: fernanda.serrer@unijui.edu.br

diminuição da taxa de natalidade trarão à realidade da sociedade brasileira, bem como seus reflexos.

Nesse sentido, as mudanças precisam começar logo, pois nos dias atuais se enfrenta o problema do superendividamento dos consumidores. Uma possibilidade de regulamentar a questão conferindo maior proteção a esta parcela da população está na aprovação do Projeto de Lei nº 3.515/2015, que encontrasse aguardando o parecer da Câmara de Deputados. Contudo, há grande urgência na criação de soluções, mesmo que temporárias, para frear a atuação do mercado cessionário de crédito e estagnar o aumento de casos de superendividados. Tais iniciativas passam, invariavelmente, pela ampliação da educação financeira e para o consumo, papel que vem sendo desenvolvido pelo Balcão do Consumidor da Unijuí, do Campus Santa Rosa.

Nesse sentido, o trabalho se propõe a abordar os impactos do envelhecimento populacional brasileiro e a tutela jurídica do idoso, o aumento e facilitação do acesso irrefletido ao crédito, a proteção ao consumidor prevista na Constituição Federal de 1988 e no Código de Defesa do Consumidor, estudando as formas de caracterização e os reflexões econômicos e existenciais do superendividamento, bem como apresentando novos horizontes de enfrentamento da questão, os quais passam pelo reconhecimento jurídico do superendividamento e pelo trabalho desenvolvido pelo Projeto de Extensão Universitária “Conflitos Sociais e Direitos Humanos: alternativas adequadas de tratamento e resolução” da UNUJUÍ, que por intermédio do Balcão do Consumidor atende consumidores em situação de superendividamento, na grande maioria idosos, fornecendo orientação e buscando soluções no sentido de garantir um mínimo existencial para a manutenção de uma vida digna.

1 A questão da proteção jurídica do idoso no cenário nacional

Segundo Oliveira (2016), as projeções do IBGE feitas no ano de 2013 demonstram que a expectativa de vida dos brasileiros de 2015 até 2060,

será de 81,2 anos, tanto para homens quanto para mulheres, ressalvadas as variações relativas a cada estado brasileiro, uma vez que, o cotidiano e a qualidade de vida da população muda significativamente dependendo de cada região do país. Ainda, com base nas mesmas projeções, se espera que até meados do século:

O índice de envelhecimento esperado seja de 206 idosos para cada 100 crianças, realidade característica dos principais países desenvolvidos da Europa Central e do Norte. Por fim, a taxa de suporte potencial, que parte de quase nove pessoas em idade ativa para cada idoso, chegará no limite de apenas 2,3, ou seja, para cada idoso teremos potencialmente duas pessoas em idade ativa [...]. (OLIVEIRA, 2016, p. 09)

Nesse sentido, é necessário que se leve em conta as projeções feitas pelo IBGE em relação às mudanças previstas no cenário nacional, pois apontam para uma diminuição expressiva nos níveis de fecundidade, em contraposição à elevação da longevidade. Ou seja, o número de idosos tende a aumentar, significativamente, nos próximos anos. Conforme ressalta Oliveira (2016, p. 03), “a combinação desses dois aspectos leva ao envelhecimento de nossa sociedade, fenômeno que não diz respeito só ao Brasil, mas parece ser a tendência dos países desenvolvidos [...]”.

Com isso, a população ativa irá diminuir, prejudicando diretamente o desenvolvimento da economia do país. Portanto, se torna extremamente relevante que o Estado crie políticas públicas com o objetivo de neutralizar essas consequências, fazendo com que os idosos sejam reinseridos no mercado de trabalho e que não sofram preconceito em relação à sua condição. Oliveira (2016, p.12) refere que:

[...] para enfrentar a redução da mão-de-obra disponível e gerar recursos para tratar das questões associadas à maior longevidade da sociedade brasileira, não há outra saída que não seja investir em atividades econômicas intensivas em conhecimento e tecnologia que proporcionem o aumento nos índices de produtividade da força de trabalho, o que implica enfrentar os gargalos da educação.

Em aspectos legais e jurídicos, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 se percebe no cenário nacional uma maior preocupação com a proteção do idoso. Baseando-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania, a Carta Constitucional preconiza a importância da adoção de práticas mais solidárias em relação àqueles que se encontram em situações de maior vulnerabilidade. Como referência, Maristela Nascimento Idalêncio (2007, p. 43) afirma que, “decorre daí toda uma demanda de prestações positivas pelo Estado, dentro das quais, por evidente, insere-se a proteção da dignidade do idoso, em seus mais diversos aspectos (social, político, jurídico, etc)”.

Após muitos anos da criação da CF/88, e ter sido exaustivamente discutido, foi aprovado, no ano de 2003, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003). O estatuto baseou-se na ideologia doutrinária a qual leciona Idalêncio (2007, p. 43, grifo do autor), “[...] pode ser denominada de *doutrina de proteção integral da pessoa idosa*”. Diante disso, os idosos passaram a ser vistos como sujeitos e necessitam de maior proteção e cuidado da parte do Estado e da sociedade civil, porém, por não terem capacidade produtiva e não fazerem parte do mercado competitivo continuam sendo discriminados e passam a ser alvos fáceis de práticas comerciais abusivas.

Ademais, são somente os idosos saudáveis que podem manter-se por mais tempo no mercado de trabalho, o que não é simples, pois eles não são aceitos com facilidade. Os idosos são considerados menos produtivos em função das limitações da idade, já os mais debilitados não têm condições de trabalhar e não encontram colocação no mercado. Laura L. Rodríguez Wong e J. A. Carvalho (2006, p. 17) lecionam que, embora aos idosos sejam distribuídas quantias significativas em benefícios previdenciários, os mesmos são feitos de maneira muito desigual, como mostram os dados a seguir:

[...]uma proporção importante dos aposentados (60%) recebe pagamento mensal de, somente, um salário mínimo. Em importantes aglomerados urbanos da América Latina, São Paulo entre eles, aproximadamente 80% dos aposentados ou pensionistas que retornam à força de trabalho apontam necessidades econômicas como a principal razão para tal.

Inobstante, percebe-se que mesmo frente à criação de leis objetivando conscientizar a população para que os idosos sejam tratados com respeito, não excluídos da sociedade e nem do mercado de trabalho, ainda se tem muito a fazer, pois é notório que somente à criação dessas leis sem sua efetiva fiscalização, não produz os efeitos desejados na vida das pessoas idosas.

Fabio Schwartz (2016, p.02) identifica alguns segmentos de produtos e serviços que mais lesam os direitos dos idosos, e que devem ser tratados conforme preceituam as leis que os protegem, uma vez que são mais vulneráveis do que a maior parte da população:

Assim é que, em determinados produtos ou serviços que denotam dependência ou catividade, tais como os planos de saúde e a prestação de serviços públicos essenciais concedidos à iniciativa privada, o descumprimento de alguma cláusula contratual decerto importa maior potencialidade de dano para esses sujeitos, fazendo-se necessária uma proteção especial como garantia do princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

Além dos exemplos de produtos e serviços trazidos por Schwartz (2016), como os planos de saúde, temos também no setor privado as instituições financeiras, como as financiadoras de crédito e os bancos, tanto públicos ou privados, que se aproveitam da fragilidade dos idosos para obterem maiores benefícios. Mesmo que a legislação busque prevenir e condenar tais atitudes, a falta de fiscalização na aplicabilidade da lei abre lacunas para que muitos fornecedores de produtos e serviços atuem com má-fé nas relações consumeristas envolvendo consumidores idosos.

Para que as leis protecionistas vigentes surtam os efeitos desejados, órgãos que buscam auxiliar os idosos na concretização dos seus direitos, conforme ocorre nas atuações do Balcão do Consumidor da Unijuí - Campus Santa Rosa, tornam-se uma arma importante, tendo no reconhecimento da vulnerabilidade e da hipervulnerabilidade do idoso uma garantia de que as leis serão cumpridas e esses fornecedores, de certa forma, obrigados a respeitá-las.

Além disso, há necessidade da aprovação da PL 3.515/2015 que discute sobre os direitos dos superendividados de boa-fé, conceito no qual se enquadram boa parte dos idosos inadimplentes. O reconhecimento do idoso não deve ser percebido somente como a parte enfraquecida na relação de consumo, como é considerado o consumidor em geral frente ao fornecedor, mas sim como hipervulnerável, levando em conta sua maior fragilidade.

2 O princípio da vulnerabilidade como fundamento da proteção ao consumidor prevista no CDC

Conjuntamente com a evolução da sociedade moderna, das mudanças trazidas pelo desenvolvimento da indústria e o significativo aumento da população nas grandes cidades, o mercado consumerista ganhou destaque. Nesse movimento, as prioridades dos consumidores também mudaram. Segundo Zygmunt Bauman (2008), antes da consolidação da sociedade de consumidores os homens eram, basicamente, produtores e soldados, já as mulheres, fornecedoras de serviço. Com a modificação da rotina familiar as mulheres passaram a trabalhar fora de casa e os homens migraram da agricultura para a indústria, aumentando de modo significativo, a parcela dos considerados consumidores potenciais.

As mudanças sociais trouxeram com elas a cultura consumista e a consolidação da sociedade de consumidores, na qual, segundo Bauman (2008, p.74), “A vocação consumerista se baseia, em última instância, nos desempenhos individuais”. Com essa sociedade de consumidores surgiu a sociedade de fornecedores, que objetiva a exploração do poder aquisitivo desses consumidores de maneira individualizada. Esses fornecedores buscam criar nos consumidores a eterna sensação de insatisfação, fazendo com que os produtos, logo após serem adquiridos tornem-se ultrapassados e sejam descartados.

Diante de tal cenário, o mercado de concessão de crédito se avoluma e tem na falta de planejamento financeiro da maioria dos consumidores o

seu melhor aliado. Como destaca Fabiana D’Andrea Ramos (2017), muitas vezes, o consumidor é seduzido pelas instituições financeiras que facilitam a aquisição de crédito sem prévia análise das condições econômicas dos futuros endividados, atraindo-os com propostas rápidas e muito encantadoras, as quais escondem taxas de juros elevadas, principalmente, quando deixam de ser pagas no devido prazo. A partir do momento em que o consumidor atrasa algumas parcelas, ele dificilmente consegue reverter à situação, e aos poucos passa a acumular dívidas.

Nas palavras da autora, o consumidor não é o culpado pelo superendividamento e sim o próprio mercado cedente, que não mostra ao cessionário que o crédito deve ser avaliado não somente com base no valor que pode ser pago hoje, mas pelo valor que será pago no futuro e se este encargo poderá ser suportado (RAMOS, 2017). A concessão de crédito deve ser feita de maneira produtiva e equilibrada, para que traga crescimento e melhoria na condição financeira do consumidor, jamais sua degradação.

A emoção e o desejo de consumir que são aguçados pelos fornecedores, devem ser equilibrados por aqueles que estão em posição privilegiada e tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor. O Código de Defesa do Consumidor no artigo 4^a, I, assegura o “[...] reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”. (BRASIL, 2019). E, no artigo 6º do CDC elenca os “direitos básicos do consumidor”, referindo no inciso VIII “[...] a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. (BRASIL, 2019).

Embora, mesmo que os consumidores sejam considerados a parte mais fraca na relação de consumo, alguns são mais vulneráveis que outros, pois tem mais limitações como a idade, a falta de alfabetização e de conhecimento dos meios digitais. Porém, o princípio da vulnerabilidade, que visa proteger os consumidores mais frágeis, não tem sido suficiente para proteger os idosos, surgindo a categoria dos hipervulneráveis, que Schwartz (2016, p.01) traz sob a denominação “vulnerabilidade agravada”.

Para Schwartz (2016, p. 02), além da hipervulnerabilidade ser uma condição inegável e notória, ela “pode ser definida como uma situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, em razão de características pessoais aparentes ou conhecidas pelo fornecedor”. Sendo assim, a classe de consumidores mais frágeis que podem ser considerados hipervulneráveis é basicamente formada por “[...] consumidores enfermos, os idosos, as crianças, os deficientes físicos e os analfabetos”. (SCHWARTZ, 2016, p. 02).

Então, se podem elencar inúmeras razões para que se comece a buscar maneiras que tornem a vida dos consumidores hipervulneráveis mais fácil. Pois, diante de um modo de vida que muda constantemente, os idosos são cada vez mais afetados e tornam-se alvos fáceis de fornecedores descumpridores das normas de proteção consumerista. O modo de vida acelerado, imediatista e descartável da contemporaneidade não deixa margem para dúvidas acerca das dificuldades pelas quais passam tais indivíduos. Como destaca Schwartz (2016, p. 02) “Ante a potencialização de lesões aos seus interesses, advindas do crescimento do comércio eletrônico e do incremento do ambiente virtual na vida de relação”, a velocidade das mudanças operadas pela economia e pela tecnologia torna ainda mais evidente a fragilidade física, psicológica ou até mental dos idosos.

Dessa forma, é necessário balizar a busca desenfreada do mercado por lucro, principalmente quando esse lucro aumenta de maneira absurda nas relações com os consumidores mais fragilizados, afirmação que se comprova constantemente nos atendimentos feitos pelo Balcão do Consumidor da Unijuí – Campus Santa Rosa.

3 A democratização do acesso ao crédito e os problemas derivados do superendividamento da população idosa

Está se tornado cada vez mais comum, ver aqueles consumidores hipossuficientes e em situações inesperadas de dificuldades financeiras, buscando a concessão de crédito no mercado financeiro, se submetendo a

pagar um preço bem alto por isso, uma vez que as taxas de juros são extremamente elevadas e, dessa maneira, cobradas indevidamente. O consumidor que precisa de dinheiro com urgência, muitas vezes, se sujeita a pagar os juros ilícitos oferecidos pelas instituições financeiras, porque não encontra outra maneira de conseguir um empréstimo. Contudo, após obter o crédito e não conseguir pagar essa dívida, fica refém dos fornecedores, reduzindo-se a um insolvente civil, conforme discorre André Perin Schmidt Neto (2009, p. 02):

A ausência de um sistema de proteção a este indivíduo e sua família pode gerar a insolvência civil, procedimento que visa simplesmente liquidar o patrimônio penhorável do devedor a fim de satisfazer os créditos pendentes, sem qualquer preocupação com o ser humano que está por trás destes débitos.

Para Bauman (2010, p. 13), “não pensar no ‘depois’ significa, como sempre, acumular problemas”. É evidente, segundo o autor, que os empréstimos feitos terão que ser pagos cedo ou tarde e aqueles fornecedores de crédito não serão benevolentes quando esses pagamentos forem feitos com atraso. Por mais que as ofertas para a obtenção de crédito sejam extremamente atraentes, que explorem os desejos e interesses dos consumidores é preciso aceitar que não é esse o verdadeiro interesse escondido por trás da oferta de crédito. Consumidores comedidos, conclui Bauman (2010, p. 15) e que têm controle sobre seus débitos e não pagam suas contas com atraso, não são o perfil que os fornecedores buscam, pois “[...] para eles, o ‘devedor ideal’ é aquele que jamais paga integralmente suas dívidas”.

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 6º e incisos, trata dos direitos básicos do consumidor, dentre eles, proteger o consumidor da publicidade enganosa e métodos coercitivos comerciais, bem como, das prestações abusivamente onerosas constantes em cláusulas contratuais, ou mesmo, as que foram revistas por fatos supervenientes ao estabelecimento da relação consumerista, tornando-se desmedidas.

No mesmo sentido, a legislação brasileira procura defender o consumidor quando ele for à parte mais enfraquecida na relação de consumo.

Todavia, com a expansão e democratização do acesso ao crédito no Brasil, o CDC, após quase três décadas de existência passa a ser desafiado a conter o avanço das mazelas derivadas da falta de informação e educação para o consumo, resultando, não raras vezes, em situações de superendividamento.

O ordenamento jurídico brasileiro não discorre sobre o superendividamento, ainda tratado com certo preconceito pela sociedade, sendo relacionado às formas de estelionato provenientes de relações de consumo, nas quais os consumidores estariam agindo de má-fé. Entretanto, Amélia Soares da Rocha e Paula Costa de Freitas (2010) ressaltam que os consumidores superendividados se diferenciam dos estelionatários, uma vez que, por falta de informação e de planejamento, ou problemas inesperados como desemprego e doenças, muitos consumidores não encontram outra saída senão atrasar o pagamento das dívidas, de modo que apenas aqueles consumidores de boa-fé é que teriam direito à proteção jurídica.

Levando em conta tal realidade é preciso saber, de fato, quando é possível caracterizar um consumidor como superendividado. Schmidt Neto (2009, p. 168-169) enfatiza que “[...] superendividamento é uma condição em que se encontra o indivíduo que possui um passivo (dívidas) maior que o ativo (renda e patrimônio pessoal) e precisa de auxílio para reconstruir sua vida econômico-financeira [...]”. O autor também traz outras formas de conceituar essa questão. Segundo ele, uma delas é baseada na lei francesa, “[...] pois o termo superendividamento vem da tradução do neologismo *surendettement*, traduzindo-se *sur* que vem do latim e tem o significado de ‘super’”. Ressalva, todavia, que não se deve confundir o descumprimento das dívidas, que pode ter sido ocasionado por problemas inesperados, com o fato da pessoa estar realmente superendividada em razão da perda de seu emprego ou do aparecimento repentino de uma doença na família, pois existe uma corrente doutrinária que considera como superendividado, também, aquele que mesmo pagando suas dívidas, o faz de maneira tortuosa, com imensa dificuldade.

Também sobre o tema, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 245) lecionam que “o superendividamento representa a ruína e

morte civil do consumidor. Trata-se da impossibilidade global de o devedor leigo e de boa-fé fazer frente ao conjunto de seus débitos atuais e futuros”.

Uma das conjecturas mais citadas para enquadrar aquelas pessoas que estão nessa situação é que elas devem ser pessoas físicas, pois do contrário, tratar-se-ia de falência de empresas, bem como da sua reabilitação, tema este, regulado por legislação específica, não tendo enquadramento no instituto do superendividamento.

Do ponto de vista de sua classificação, podem ser tidos como superendividados ativos e superendividados passivos. Os primeiros, são aqueles que compram tudo o que veem pela frente e desde o momento da aquisição, estão imbuídos do desejo de não quitar as suas dívidas. Já os segundos, discorre Daniel Gomes Ramos (2012), são aqueles que se endividaram por motivos alheios à sua vontade, como divórcio, doença e nascimento de filho. No momento em que contraíram as dívidas podiam pagar, mas supervenientemente ocorreram fatos que os impossibilitaram de arcar com todas elas.

Todavia, além das pessoas endividadas por necessidade existem as que se encontram em condição de vulnerabilidade acentuada, ou, hipervulnerabilidade, como por exemplo, os idosos. É notório, que no Brasil existe uma demanda muito elevada de consumidores idosos, que se consideram explorados pelas instituições financeiras, por isso, o Projeto de Lei nº 3.515 que trata com maior protecionismo essa parcela crescente da população, pode se revelar uma oportunidade de mudar tal situação.

4 Novos horizontes para os superendividados: o projeto de lei nº 3.515/2015 e a atuação do balcão do consumidor da UNIJUÍ, Campus Santa Rosa

O Projeto de Lei nº 3.515/2015 poderá ser uma maneira de tratar o problema do endividamento dos consumidores brasileiros. Como vimos acima, tal questão ultrapassa a esfera das relações privadas, tornando-se um problema de ordem pública, uma vez que o endividamento dos consumidores

pode resultar em inúmeros problemas, como a depressão, a perda da dignidade do consumidor, além do enfraquecimento do mercado de consumo, haja vista as restrições em nome do consumidor e o crédito negado pelo comércio.

Além de afetar a dignidade do consumidor, as restrições nos órgãos de proteção ao crédito fazem com que ele procure instituições não confiáveis, que cobram juros abusivos e ocultam as formas ilícitas de elaboração das cláusulas contratuais, as quais agravam a situação de vulnerabilidade em relação ao fornecedor.

O Projeto de Lei, que aguarda para ser aprovado na Câmara dos Deputados elenca uma visão mais protecionista para auxiliar o consumidor. No referido projeto, se concentra a esperança dos consumidores superendividados e em situação de vulnerabilidade, como referem Efing e Bauer (2017, p. 01):

Com isso, a proteção do consumidor no Brasil volta-se, por meio de ato legislativo (Projeto de Lei 3.515/2015), à prevenção e ao tratamento do superendividamento, com a clara tentativa de aperfeiçoar a disciplina do crédito no país, aprimorando a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) para adequá-la à realidade brasileira e proteger efetivamente o cidadão exposto e sujeito às condições do mercado de crédito.

A PL 3.515/2015, busca trazer maior proteção ao consumidor endividado, que pela exposição de sua situação financeira sofre com o preconceito e a exclusão. Efing e Bauer (2017, p.02) preceituam que os direitos básicos e existenciais do consumidor precisam ser protegidos constitucionalmente, pois no quadro atual eles não são uma minoria, mas sim, uma parcela muito significativa da sociedade.

Nesse sentido, Efing e Bauer (2017, p.02) alegam que é preciso observar a importância da aprovação do Projeto de Lei nº 3515/2015, o qual potencializará o CDC, pois “[...] amplia os direitos básicos do consumidor, pretendendo garantir práticas de crédito responsável, salvaguardando o mínimo existencial, por meio de pactuação e repactuação da dívida”. Com

isso, o CDC poderá garantir e efetivar os direitos básicos dos consumidores, em especial daqueles considerados hipervulneráveis, como são aposentados e pensionistas endividados em razão da promessa de acesso facilitado e irrefletido ao crédito.

O Projeto de Lei nº 3515/2015, oriundo da PLS 238/2012 traça exatamente os deveres das instituições financeiras quanto à concessão de crédito ao consumidor, exigindo que as instituições financeiras adotem medidas para a concessão do crédito responsável e com observância ao mínimo vital para o consumidor.

Nesse sentido, o art. 1º do mencionado Projeto estabelece alterações específicas no CDC, de modo a conferir aos contratos de crédito, uma proteção especial ao consumidor, incluindo o dever das instituições financeiras de prevenir o superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor, dever de concessão de crédito responsável, além de determinar a criação de métodos extrajudiciais, especialmente direcionados às renegociações em decorrência da condição de superendividamento do consumidor. Além disso, o Projeto prevê a definição específica da situação de superendividamento do consumidor, estabelecida no parágrafo 1º do art. 54-A, que dispõe:

Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação. (DEPUTADOS, 2019).

Por fim, o Projeto de Lei traz a possibilidade de repactuação de dívidas decorrentes da situação de superendividamento, prevendo a possibilidade de concessão de novos prazos para pagamento, perfectibilizando a norma que já vem estabelecida no art. 478 do CC e no art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor.

Outra possibilidade de conferir maior dignidade aos consumidores idosos endividados, está relacionada com o trabalho desenvolvido pelo Balcão

do Consumidor da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, no Campus de Santa Rosa

Na modalidade de prática de extensão universitária, o Balcão do Consumidor, que está em atividade desde o segundo semestre de 2018, junto ao Núcleo de Prática Jurídica da referida Universidade, atende toda população do Município de Santa Rosa/RS, de forma gratuita, a fim de tentar resolver questões conflitivas referentes a uma relação de consumo.

O atendimento no Balcão do Consumidor consiste inicialmente numa prévia análise do caso relatado para verificar se se trata de uma relação de consumo. A primeira tentativa de contato do Balcão com o fornecedor deste produto ou serviço, após o registro da reclamação no Sistema SINDEC, é realizada por telefone, momento em que muitas demandas já são solucionadas. Caso por telefone não ocorra à solução preliminar, o Balcão do Consumidor envia uma CIP – Carta de Informações Preliminares, informando ao fornecedor da reclamação trazida pelo consumidor, e solicitando que no prazo de 10 (dez) dias, manifeste-se acerca de tal fato, apresentando, se possível, uma solução para o caso.

Na hipótese de, por intermédio da CIP ainda não ser apresentada solução, tem-se uma terceira possibilidade, que é o agendamento de sessão de conciliação na tentativa de que as partes, por meio do diálogo, cheguem a um acordo, pondo fim ao conflito decorrente de relação de consumo. Na sessão é confeccionada ata, destinando uma cópia para cada parte. Caso não resulte em acordo, nessa ata se declara encerrado o atendimento pelo Balcão, orientando o consumidor a ingressar em Juízo, se assim demonstrar interesse.

No que tange a importância do Balcão do Consumidor na garantia de efetivação dos direitos básicos dos idosos, é que oferece um atendimento de qualidade, atendendo todas as necessidades que por eles são exigidas em virtude de sua idade. Ainda, no que tange aos inúmeros casos de superendividamento por estes apresentados, busca-se auxiliá-los e educá-los no sentido do controle de uma vida financeira saudável e sem comprometer sua renda mensal de forma exagerada. Por fim, vale ressaltar que é por intermédio de práticas educativas, que o Projeto de Extensão pretende prevenir

futuros conflitos e questões que possam envolver os grupos de pessoas hipervulneráveis, como as crianças, os adolescentes e os idosos, melhorando a qualidade de vida e contribuindo para a formação de jovens e adultos conscientes de suas ações, seja cuidando de si, nas relações interpessoais e também para com o meio em que vivem.

Desse modo, no que diz respeito aos dados obtidos pelos atendimentos do Balcão do Consumidor da UNIJUÍ – Campus de Santa Rosa/RS, é possível afirmar que em grande parte dos casos é gerada e encaminhada a Carta de Informações Preliminares (CIP), uma vez que a maioria dos fornecedores acaba por não solucionar a questão via telefone (preliminarmente). Este fato se dá principalmente, pela falta da obrigatoriedade que os fornecedores possuem em sanar conflitos de forma administrativa ou sem a presença de uma sentença judicial. Muito se percebe no relato dos fornecedores, que estes preferem que o consumidor ingresse judicialmente para buscar seus direitos. Igualmente, foi possível constatar que entre os anos de 2018 e 2019, 46% (quarenta e seis por cento) do total de casos atendidos foram orientados ou preferiram ingressar judicialmente, visto que não obtiveram solução ou acordo e 31% (trinta e um por cento) de atendimentos, resultaram num acordo, seja por meio de audiência de conciliação ou pelo atendimento preliminar. Por fim, 23% (vinte e três por centos) dos casos atendidos, ainda aguardam resolução (retorno da Carta enviada).

Dentre as preocupações que afetam o Balcão do Consumidor de Santa Rosa, estão aquelas relacionadas com o superendividamento envolvendo pessoas idosas, uma vez que a maioria dos casos atendidos pelo Balcão do Consumidor diz respeito à esta triste realidade. É de conhecimento geral que os créditos consignados possuem um limite máximo de comprometimento da renda já positivado em lei, o qual não deverá ultrapassar 30%. No entanto, muitos fornecedores vêm se utilizando dos créditos pessoais, para assim poder superar o limite acima exposto, comprometendo o mínimo necessário para a manutenção da vida digna da população idosa.

Por fim, existe uma preocupação extrema em relação aos consumidores jovens (crianças e adolescentes), sendo que são facilmente induzidos

ao consumo, por meio das publicidades e mídias e conseqüentemente, induzem seus familiares a consumir. De tal modo, são de extrema importância atividades de educação para o consumo, realizadas pelo Balcão do Consumidor, a fim de prevenir futuros conflitos e questões que possam envolver estes grupos de pessoas hipervulneráveis.

5 Considerações finais

Com base nas informações acima descritas conclui-se que, é preciso conscientizar a sociedade de que muitas mudanças estão ocorrendo, influenciando todas as classes sociais, pois o aumento no envelhecimento populacional ocorre tanto entre os cidadãos mais pobres, quanto os mais ricos. Portanto, os idosos precisam ser respeitados, principalmente pelo mercado cessionário de crédito, que faz uso da vulnerabilidade desses consumidores para obter lucros ilícitos, atuando em desconformidade com as leis.

Entretanto, mesmo que o Estado esteja criando, ao longo dos anos, políticas protecionistas objetivando amparar os consumidores, essas providências têm sido ineficazes para evitar o problema do superendividamento. Devido à falta de punição, o mercado está criando suas próprias regras e nem sempre respeita as leis de proteção ao consumidor que estão vigentes no país, como a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor. Com foco em mudar a realidade atual e proteger os consumidores mais vulneráveis, foi elaborado o Projeto de Lei nº 3515/2015, recentemente aprovado no Senado Federal e que aguarda revisão junto a Câmara dos Deputados.

Acerca das questões relativas à falta de regulamentação para o mercado cessionário de crédito, se constata a importância do Balcão do Consumidor na garantia da efetivação dos direitos básicos dos consumidores, precipuamente, aqueles em situação de hipervulnerabilidade, como é o caso dos idosos endividados. Apura-se, através dos dados colhidos pelo Balcão do Consumidor da UNIJUÍ – Campus de Santa Rosa/RS, que a maioria dos fornecedores não tem interesse na prévia resolução das

demandas, dado à falta de obrigatoriedade em reparar os conflitos de forma administrativa ou sem a existência de uma sentença judicial. Inclusive, segundo relatos dos fornecedores, eles preferem responder judicialmente as demandas provenientes às relações de consumo. Não obstante, existe a necessidade de educar os consumidores infanto-juvenis, que têm grande importância, pois estão sempre em busca de produtos atuais, também levando em conta, que em breve tornar-se-ão consumidores substanciais para o mercado consumerista brasileiro.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário**: e outros temas contemporâneos. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 3515/2015 Projeto de Lei**. Publicado em: Nov. 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BEAA1FB74201F401D4AA3E19970220E7.proposicoesWebExterno2?codteor=1408277&filename=PL+3515/2015>. Acesso em 06 set. 2019.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. In: **Vademecun**. São Paulo: Saraiva, 2019.

EFING, [Antônio Carlos](#), [BAUER, Fernanda Mara Gibran](#). Garantias do consumo. PL 3.515/2015 é mais um passo no tratamento jurídico do superendividado. In: **Consultor Jurídico Conjур**. Publicado em: Maio 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-10/garantias-consumo-pl-35152015-passo-tratamento-juridico-superendividado>>. Acesso em: 15 out. 2019.

FARIAS, Cristino Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: direito dos contratos. v. 4. 3, ed. Juspodivm, 2013.

IDALÊNCIO, Maristela Nascimento. **Estatuto do idoso e direitos fundamentais**: fundamentos da proteção da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALE. Publicado em: Jun. 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp063567.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2019.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Envelhecimento populacional e políticas públicas: desafios para o Brasil no século XXI. *In: Espaço e Economia*. Publicado em: Set. 2016. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/espacoeconomia/2140>>. Acesso em: 10 out. 2019.

RAMOS, Daniel Gomes. **Direito em movimento**. vol. 15. ed. FONAJE. 2012.

RAMOS, Fabiana D'Andrea. Garantias do consumo. Superendividamento maior é problema do mercado de crédito, não do consumidor. *In: Consultor Jurídico*. Publicado em agost. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-16/garantias-consumo-superendividamento-maior-problema-mercado-credito-nao-consumidor>>. Acesso em: 16 out. 2019.

ROCHA, Amélia Soares da; FREITAS, Paula Costa de. O superendividamento, o consumidor e a análise econômica do direito. *In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI* realizado em Fortaleza – CE. Publicado em: Jun. 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4007.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2019.

SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. *In: Revista da SJRJ*. Rio de Janeiro: nº 26, p. 167-184. Publicado em: 2009. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/36-153-1-pb.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2019.

SCHWARTZ, Fabio. A Defensoria Pública e a proteção dos (hiper)vulneráveis no mercado de consumo. *In: Revista Consultor Jurídico*. Publicado em: jul. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-19/protecao-hipervulneraveis-mercado-consumo>>. Acesso em: 14 out. 2019.

WONG, Laura L. Rodríguez. CARVALHO, J. A. O rápido processo de envelhecimento populacional do Brasil: sérios desafios para as políticas públicas. *In: Revista Brasileira de Estudos de População*. São Paulo. V. 23, nº 1. p. 5-26. Publicado em: jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v23n1/v23n1ao2.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2019.

A mediação quanto política pública de tratamento de conflitos familiares

*Maria Eduarda Granel Copetti*¹

*Charlise Paula Colet Gimenez*²

Introdução

Os seres humanos desde sempre viveram em relações conflituosas, primitivamente pela necessidade de sobrevivência, e, subsequentemente no convívio social pelas divergências de ideias. Em função disso, o Poder Judiciário e as leis foram desenvolvidos para a manutenção da harmonia e da paz social.

Com o advento da modernidade, que segundo Bauman (2005, p. 42) “é uma condição da produção compulsiva e viciosa de projetos”, os conflitos foram se intensificando gradativamente, surgindo a necessidade de abordá-los pelos próprios envolvidos pela autocomposição e diálogo.

Nessa perspectiva, é imprescindível estudar o instituto da mediação quanto política pública no tratamento dos conflitos familiares, bem como sua regulamentação, seus benefícios e impactos na sociedade brasileira atual.

¹ Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito – Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo. Especialista em Direito Processual Civil pela Unisc – Santa Cruz do Sul. E-mail: mariaeduardagcopetti@gmail.com.

² Pós-Doutoranda em Direito pela UNIRITTER. Doutora em Direito e Mestre em Direito pela UNISC. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UNIJUI. Docente permanente do PPGD-URI, campus Santo Ângelo-RS. E-mail: charliseg@santoangelo.uri.br.

1 – Aspectos gerais dos conflitos na sociedade

A modernidade é considerada um estado de emergência, onde que não havendo ações preventivas ou investidas antecipadamente se chegará à catástrofe, ou seja, aos conflitos. O domínio do caos pode ser fundado no futuro planejado, evitando que as ações humanas sigam seu próprio curso. Desse modo, projetar formas de convívio social é praticamente impossível pelos seres humanos, estes que não desejam ser controlados e ajustados (BAUMAN, 2005).

O conflito pode ser definido de inúmeras formas, desde a concorrência ou competição até a guerra e batalha, transitando o combate, a luta, a disputa, o desacordo ou até mesmo a rivalidade. Logo, o conflito é confundido com a tensão, crise ou antagonismo (GIMENEZ, 2018).

Além do que, o indivíduo sempre conviveu com o conflito, que pode ser revelado na homossexualidade, escravidão, direito das mulheres a um tratamento igualitário, porém, com o progresso das atitudes dos seres humanos foi viabilizada a integração dos conflitantes e a satisfação de suas vontades.

Uma das características principais do conflito é a presença da dualidade amigo-inimigo, o que produz a degradação do terceiro, podendo-se assim definir o conflito como a relação apontada pela exclusão do terceiro. Se for analisado somente o problema do conflito, nota-se que não se pode ignorar o terceiro, porque em virtude da polaridade ele despreza o início e recobra durante o desenlace, além de poder romper com a dualidade conflitiva. O terceiro transmite uma noção correlativa por contraste ao conflito (RESTA, 2014, b).

Outrossim, Deutsch (2004, p. 73), relata em sua obra que os conflitos não possuem somente efeitos negativos, mas também os positivos, conforme segue:

Previne estagnações, estimula interesse e curiosidade, é o meio pelo qual os problemas podem ser manifestados e no qual chegam as soluções, é a raiz da mudança pessoal e social. O conflito é frequentemente parte do processo de

testar e de avaliar alguém e, enquanto tal, pode ser altamente agradável, na medida em que se experimenta o prazer do uso completo e pleno de sua capacidade. De mais a mais, o conflito demarca grupos e, dessa forma, ajuda a estabelecer uma identidade coletiva e individual.

Além disso, descreve-se o conflito como um choque intencional entre duas pessoas, ou até mesmo entre nações, que expressam intenções desfavoráveis possivelmente em decorrência de um direito e, para mantê-lo ou restabelecê-lo, acabam rompendo com a resistência do outro, podendo para isso usar da violência, podendo ocasionar o aniquilamento físico do outro (FREUND, 1995).

O conflito tem uma definição sociológica não apenas para as partes conflitantes, mas para cada um diante de si mesmo. Essa experiência certifica que o conflito transforma os envolvidos, seja no seu relacionamento com o outro ou consigo mesmo, porque conjuntamente existem consequências fortalecedoras e enfraquecedoras (SIMMEL, 1983).

Todavia, o conflito pode ser manifestado de modos distintos, desde a luta confusa e desordenada até os reprimidos que se submetem a regras, afastando-se de ser somente uma simulação de confronto. A luta pode ser exprimida por meio da violência direta ou na adoção de procedimentos dissimulados, contudo, seu objetivo é a longo prazo. Como exemplo deste caso, ressalta-se os motins (para a violência direta) e as lutas de classe (para os procedimentos dissimulados) (GIMENEZ, 2018).

Quanto ao combate, é considerado um conflito subordinado a regras ou convenções precisas, que podem ocasionar episódios de paroxismo semelhantes à anarquia da luta, como por exemplo, a batalha. Ainda assim, designa-se como forma de moderar o conflito por meio da intervenção de uma disciplina aos que se enfrentam, submetendo-os a uma vontade superior e estranha (GIMENEZ, 2018).

As revoluções corriqueiramente exaltam à violência, reconhecendo o terrorismo mais cego. Na atualidade, se deve analisar o esforço na transformação da luta em combate devido às convenções internacionais e as justificativas revolucionárias que, opostamente, tendem a degradar os

combates em lutas sanguinárias aos campos de concentração e hospitais psiquiátricos.

Entretanto, o indivíduo não pode abandonar a situação conflitante sem que para isso tenha que renunciar seus direitos. O ideal é que ele aceite, porque, por meio do conflito ele será reconhecido diante dos demais. Aliás, ao mesmo tempo que o conflito pode ser destruidor, ele pode ser construtivo, aspirando a satisfação de direitos e a construção de relações de justiça entre os integrantes de uma mesma comunidade e entre diferentes comunidades.

Nas relações da sociedade, a solidariedade e o conflito são desenvolvidos por vários motivos. Os conflitos surgem do relacionamento entre os indivíduos, seja porque são diferentes, ou porque tem objetivos e interesses diversos. Sobre isso Durkheim (2004 apud GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 41) explica e fundamenta sobre a vida em grupo, que geralmente inicia com o surgimento da moral e que a paridade ao grupo demanda vínculo da pessoa, explanando assim a sociedade:

É ao mesmo tempo a fonte e a guardiã da civilização, porque ela é o canal pelo qual a civilização chega até nós, ela nos aparece, portanto, como uma realidade infinitamente mais rica, mais alta do que a nossa, uma realidade da qual nos vem tudo o que temos diante dos olhos, e que, entretanto, nos transcende por todos os lados já que, dessas riquezas intelectuais e morais das quais elas têm a guarda, algumas parcelas somente alcançam a alguns de nós. E quanto mais nós avançamos na história, mais a civilização humana se torna uma coisa enorme e complexa; [...]. Afinal, o que é uma autoridade moral, senão o caráter que atribuímos a um ser, não importa se real ou se ideal, mas que concebemos como constituindo uma potência moral superior àquela que nós somos? Todavia o atributo característico de toda autoridade moral é o de impor o respeito; em razão desse respeito, nossa vontade difere das ordens que aquela prescreve. A sociedade, portanto, tem nela tudo o que é necessário para comunicar a certas regras de conduta esse mesmo caráter imperativo, distintivo da obrigação moral.

Deutsch (2004, p. 35) expõe que o conflito provém de ações discordantes, e a sua resolução pode ser influenciada por alguns fatores, que são aplicados em qualquer tipo de desacordo, seja ele interpessoal, internacional ou até mesmo intergrupual.

Os fatores elencados pelo autor referido são: a) as características das partes (relaciona-se com os recursos que a parte possui à sua disposição, e a maneira com que serão trabalhados para estagnar ou resolver conflitos); b) os relacionamentos entre os conflitantes (grau de polaridade entre os conflitantes); c) a natureza do caso que origina o conflito; d) o ambiente social onde o conflito acontece; e) os espectadores envolvidos; f) a estratégia empregada pelas partes no conflito, e g) as consequências do conflito para cada componente e para outras pessoas interessadas.

Ademais, nota-se que os antigos movimentos sociais estão se corrompendo e cedendo lugar a uma nova fase de problemas e conflitos culturais e sociais, tendo em vista que o mundo vivencia a passagem de uma sociedade à outra, sem abandonar a ideia de que o sujeito é inseparável da relação social (GHISLENI; SPENGLER, 2011).

Sabe-se que é fundamental refletir sobre o atual modelo de jurisdição, pois, com o uso de métodos complementares que visam à aproximação das partes, são ressaltados o consenso e o acordo para facilitar a resolução dos conflitos.

No entanto, o conflito pode ser examinado como aglomerado de propósitos ou condutas discordantes, como por exemplo, métodos, objetivos, processos ou condutas que possibilitam a unidade de direção e a estabilidade. Sendo assim, Gabbay, Faleck e Tartuce, (2013, p. 8) nota-se que em alguns casos, os conflitantes desejam organizar a situação ao invés de cortar ligações.

As pessoas, em algumas circunstâncias, nem sequer pretendem cortar totalmente a ligação com o outro, entendendo ser melhor apenas reorganizar uma específica situação (é o que se verifica, frequentemente, em relações negociais de desejável continuidade). Em outros casos, ainda que quisessem, os envolvidos na disputa não poderiam excluir o vínculo que possuem por força de sua natureza permanente (como ocorre nas relações de parentesco). (2013, p. 08).

Contudo, Sales (2010, p. 85) destaca que com o passar do tempo, as adversidades se modificam e transformam-se, conforme segue:

No processo de transformação de conflitos é de suma importância que se evite a polarização, a percepção de lados opostos, inimigos. A participação das pessoas ou das instituições envolvidas nos conflitos e a possibilidade de se iniciar um diálogo cooperativo fortalecem a mudança, podendo assim transformar a controvérsia de forma sustentável (consensos duráveis que possam realmente satisfazer a todos).

A transformação do conflito apresenta vários fundamentos. Inicialmente, uma orientação positiva sobre o conflito e a vontade de discutir o problema com o intuito de vivenciar uma mudança construtiva. Ou seja, a pessoa ou o grupo precisa perceber o conflito como uma possibilidade de transformação e de aprimoramento das relações e, em seguida, responder a isso com a vontade, com o intuito de se comprometer na busca pelo alcance de um caminho que permita a satisfação de todos. O conflito é uma oportunidade de viver, questionar experiências profundas e assim crescer junto com essa avaliação e mudança. É o motor de transformação das relações e das estruturas sociais sensíveis às dinâmicas das relações humanas.

Tendo o conflito como momento natural nas relações, busca-se assim compreender não apenas o conflito expresso e individual, mas a profundidade dessa situação, inclusive avaliando a relação entre esses conflitos individuais com os padrões de comportamento social. (2010, p. 85).

Logo, a responsabilidade principal da transformação dos conflitos é a constituição de opções criativas que possam discutir problemas superficiais, alterar as estruturas sociais e os padrões de relacionamento que estão manifestados nos conflitos (SALES, 2010).

Visando o deslinde pacífico dos conflitos, é indispensável debater sobre a mediação quanto política pública de tratamento de conflitos, seus benefícios e impactos na sociedade brasileira atual.

2 – Mediação quanto política pública

Com a extrema complexidade do comportamento do indivíduo na sociedade atual, o conflito tem se exacerbado, ressaltando-se, dessa forma, a implementação de uma política pública de tratamento de conflitos que recupere a autonomia do ser humano no reconhecimento de sua

responsabilidade no conflito, bem como sua capacidade de dialogar e colaborar na construção de resultados satisfatórios para os envolvidos.

Nessa perspectiva, a política pública pode ser convencionada com um conjunto de ações e decisões dos órgãos públicos e organizações da sociedade que, com a coordenação estatal, enfrentam um problema político. Toda política pública representa uma tentativa de intervenção na realidade da sociedade, seja de controle de uma circunstância indesejada que busca uma intervenção reformadora ou de mudança (SCHMIDT, 2016).

À vista disso, a criação e a execução de políticas públicas deverão ser implementadas a partir do Estado, porque, não há meio possível para alterar as condições socioeconômicas do país sem a intervenção estatal. Mesmo que o Estado neoliberal não efetue os serviços públicos diretamente e auxilie na economia na função de regulador, não se pode desprezar a importância destes papéis na democracia, finalizando assim, que as políticas públicas dependem de intermédio do Estado. Essa intervenção se realizará por meio de atividade administrativa e legislativa (APPIO, 2012).

Todavia, surge a mediação quanto política pública de tratamento de conflitos, almejando que a jurisdição seja aplicada com efetividade e modernidade, o que se demonstra na Resolução 125 de novembro de 2010, que instituiu no Brasil uma política pública judiciária de tratamento de conflitos, aderindo a mediação como método autocompositivo no Poder Judiciário.

A mediação é considerada método autocompositivo e complementar de tratamento de conflitos, que envolve a cooperação de forma voluntária dos conflitantes, os quais devem manifestar boa-fé e disposição para dialogar e conjuntamente construir a resposta para os seus interesses. Aos indivíduos que decidirem optar pela mediação, estarão sendo beneficiados com a celeridade, o sigilo, o custo financeiro, a flexibilidade procedimental, a manutenção de relacionamentos, a exequibilidade da solução e o adimplemento espontâneo do resultado e recorribilidade.

Assim sendo, Egger (2002, p. 60) conceitua a mediação como:

Mediação é um método extrajudicial, não adversarial, de solução de conflitos através do diálogo. É um processo autocompositivo, isto é, as partes, com o

auxílio do mediador, superam o conflito sem a necessidade de uma decisão externa, proferida por outrem que não as próprias partes envolvidas na controvérsia. Ou seja, na mediação, através do diálogo, o mediador auxilia os participantes a descobrir os verdadeiros conflitos, seus reais interesses e a trabalhar cooperativamente na busca das melhores soluções. A solução obtida culminará num acordo voluntário dos participantes. A mediação consegue, na maioria das vezes, restaurar a harmonia e a paz entre as partes envolvidas, pois o mediador trabalha especialmente nas inter-relações. Na mediação, as soluções surgem espontaneamente, reconhecendo-se que a melhor sentença é a vontade das partes. (EGGER, 2002, p. 60).

Destarte, Gabbay; Faleck; Tartuce, (2013, p. 46) caracterizam que “na mediação não há imposição de uma decisão final por quem quer que seja: os envolvidos irão atuar para, conjuntamente, divisarem saídas para seus impasses e eventual acordo será celebrado pela vontade dos interessados”. Aliás, apontam que a via consensual tem potencial para tratar o conflito sem produzir a sensação de que uns são vencedores e outros derrotados.

Entretanto, Calmon (2015, p. 114) explana seu posicionamento referente à mediação, referindo que “recomenda-se a mediação quando as partes têm uma relação que se perpetua no tempo, pois o que se quer, neste caso, é terminar com o conflito, mas não com a relação, em que a solução heterocompositiva tornar-se-ia uma solução arriscada”. Para o autor, “na mediação as partes conservam para si o controle sobre o resultado do conflito e compartilham a responsabilidade por sua existência e solução”.

Já Ortega (2002, p. 147) expõe que:

A mediação é a intervenção, profissional ou profissionalizada, de um terceiro – um especialista – no conflito travado entre duas partes que não alcançam, por si mesmas, um acordo nos aspectos mínimos necessários para restaurarem uma comunicação, um diálogo que é necessário para ambas [...] com o reconhecimento da responsabilidade individual de cada um no conflito e o acordo sobre como agir para eliminar a situação de crise com o menor custo de prejuízo psicológico, social ou moral para ambos os protagonistas e suas repercussões em relação a terceiros envolvidos (ORTEGA, 2002, p. 147).

Por fim, Warat (2010, p. 37-39) ressalta que “apostar na mediação significa buscar a verdade do conflito, uma verdade que decorre de uma ação cooperativa, pois as pessoas se transformam juntas dentro de seus próprios conflitos”. Para este mesmo autor, O segredo da mediação está na simplicidade de sentir o sentimento. “A pessoa, quando fica silenciosa, serena, atinge a paz interior, a não violência, a amorosidade. Estamos a caminho de tornarmo-nos liberdade. Essa é a meta da mediação” (2004, p. 26), ouvir a melodia do coração, percebendo o que o outro deseja e sente.

É por isso que a mediação não é uma ciência e sim uma arte, e que o mediador não pode se preocupar em intervir no caso oferecendo às partes liberdade para trata-lo. Destarte, a mediação suscita um paradoxo composto pelo fato de relatar ao magistrado que não desenvolva o papel que é seu, isto é, deixar de decidir e adjudicar para possibilitar o mediar. Em consequência disso, pede-se a pacificação sem a decisão, quando o seu papel é tradicionalmente o de decidir sem pacificar (SPENGLER, 2018).

Portanto, trata-se a mediação como um novo paradigma que ampara a compreensão de sentir e viver, retomando a autonomia e a responsabilidade pelos próprios atos e conflitos, buscando a restauração da harmonia entre os conflitantes, que muitas vezes são familiares que irão conviver em vários momentos posteriores.

3 – Mediação nos conflitos familiares

Ao longo do tempo, a família tem sofrido inúmeras transformações, tanto que o tradicional conceito de família exclusivo ao núcleo formado por pai, mãe e filhos já não se satisfaz devido as mudanças ocorridas no âmbito familiar e na sociedade. Dessa forma, os novos enlaces foram criados, impondo o reconhecimento e o respeito social, como por exemplo: mães ou pais solteiros, uniões estáveis, produções independentes, uniões entre casais do mesmo sexo, pessoas casadas que não dividem o mesmo lar, entre outros.

Essas transformações influenciaram no surgimento de novos conflitos entre os casais, pais e filhos, padrastos, madrastas, enteados, por fim,

entre os membros dessas novas famílias que hoje se exibem. São conflitos que exigem cautela, visto que envolvem sentimentos, laços afetivos e consanguíneos que, perduram além do conflito. Essas relações são continuadas, porque além de envolverem filhos, cercam de sentimentos de amor, ódio, raiva ou afeto (SALES, 2010).

A maneira mais indicada para a resolução dos conflitos familiares deve passar, pela compreensão positiva dos problemas, para que os vínculos se mantenham. Os conflitos devem ser analisados como naturais e temporários, já que as pessoas precisam do contraditório para haver evolução (SALES, 2010).

Nos conflitos familiares a mediação é focada na relação para obter melhores resultados. A sua natureza transformativa supõe uma mudança de atitude em relação ao conflito, vez que se busca capacitar os mediandos em suas narrativas, identificar as expectativas, os reais interesses, necessidades, construir o reconhecimento, verificar as opções e levantar os dados de realidade, com intuito de transformar o conflito e restaurar a relação, para, por fim construir um acordo se possível (VASCONCELOS, 2008).

Pretende-se destacar a mediação familiar como meio de tratamento de conflitos qualitativamente mais eficaz, possibilitando às partes a reapropriação do problema, responsabilizando-se pelas suas escolhas e construindo os caminhos possíveis (SPENGLER, 2018).

Percebe-se que as desavenças familiares que mostram sentimentos como a vingança, hostilidade, ansiedade, depressão, arrependimento, ódio, mágoa e medo, impossibilitam a harmonia no relacionamento e na comunicação entre os envolvidos.

Além do mais, a mediação procura valorizar o ser humano e a igualdade entre ambas as partes. Outrossim, nos conflitos familiares, muitas vezes surge a desigualdade entre homens e mulheres, e a mediação viabiliza o equilíbrio entre eles, para que possuam as mesmas oportunidades no procedimento de mediação.

Fuga (2003, p. 75) explana que:

A mediação familiar é uma prática para restabelecer relações, quando tudo indica que a família está desmantelada por consequência da dissociação entre homem e a mulher, tentando minorar os prejuízos aos filhos. Com a intervenção da mediação familiar, é possível compreender que a separação e o divórcio não significam a dissolução da família, mas sua reorganização (2003, p. 75).

O cérebro humano está acostumado a elencar o divórcio como o início de um ciclo de conflitos e discórdia, é inevitável pensar desta forma, porém, nem sempre é assim. Os conflitos podem resultar em mudanças positivas que traga satisfação no relacionamento e nas atitudes de cada membro da família.

Para que os conflitos sejam solucionados é fundamental que sobrevenha o diálogo e a escuta, com tempo para escutar e oportunidade de falar. O respeito mútuo torna-se indispensável, porém, nem sempre consegue-se praticá-lo, levando-se em conta que magoas profundas e amores mal resolvidos tornam as atividades inexecutáveis.

Thomé (2010, p. 121) realça que a mediação abre novos caminhos:

A mediação estabelece caminhos entre o sistema familiar, o sistema jurídico e o meio social, sendo uma prática social muito útil no exercício da cidadania, com a compreensão, o respeito pelos direitos, deveres e desenvolvimento da autonomia de vontade de cada pessoa humana não se limitando aos conflitos familiares, pois os padrões apreendidos com a mediação poderão ser utilizados em outros relacionamentos sociais (2010, p. 121).

A mediação deverá ser utilizada para fortalecer os laços familiares, ofertando aos conflitantes a oportunidade de responsabilizarem-se por seus atos, tendo em vista que na sociedade se reflete a educação que se adquire dentro do lar, podendo a mediação transcender alguns valores de respeito ao próximo.

Do mesmo modo, convém observar que nem todos os casos de conflitos familiares são mediáveis. Há limites na utilização da prática de mediação, por exemplo, nas situações que envolvem violência conjugal e que podem, por isso, não serem objetos da mediação (SPENGLER, 2018).

A mediação familiar no Brasil vem se destacando em sessões conjuntas ou individuais (privadas), da qual participam todos os envolvidos no conflito, e pretende: a) auxiliar a detectar as áreas geradoras da contenda; b) avaliar seus motivos ocultos; c) direcionar para novas diretrizes de composição; d) impor restrições nas áreas em conflito, para que não tome proporções inadequadas; e) demonstrar total imparcialidade do mediador, como pessoa a serviço de todos os envolvidos; f) finalizar com a redação de um acordo, se conseguindo, pelos disputantes (CACHAPUZ, 2009).

Sendo assim, observa-se que a mediação no âmbito familiar é um processo que, com o uso de técnicas de facilitação aplicadas por um terceiro, vincula o contexto do conflito existente e destaca necessidades e interesses, auxiliando que se produza decisões consensuais (SPENGLER, 2018).

Ressalta-se que o mediador deve ser capacitado para atuar na mediação. Essa capacitação envolve curso teórico e prático, que o caracterize como um facilitador da comunicação que atue de forma participativa e não interventiva.

O acesso à justiça é um direito de todo cidadão, bem como ser ouvido pelo poder judiciário. O ser humano tem direito a uma prestação jurisdicional mais qualitativa do que quantitativa, mas, isso se ofertará quando a sociedade optar por um modelo conflitivo que restabeleça o tratamento consensual dos conflitos. A mediação pode ser este caminho, prezando pela qualidade e harmonia dos indivíduos.

Considerações finais

É basilar que se desenvolva a mediação quanto política pública de tratamento de conflitos, instruindo a população da importância deste método que pode remediar as adversidades da sociedade de maneira pacífica e consensual.

Na mediação as partes conflitantes podem lidar melhor com seus problemas, proporcionando maior conscientização dos seus direitos e deveres. Este método compreende a cooperação voluntária das partes, o

diálogo e a autocomposição. O enfoque está no aumento gradativo da inserção deste método para complementar a atuação do poder judiciário estatal, sem pretender sua substituição.

O que se busca é que os cidadãos priorizem os métodos consensuais de resolução de conflitos, principalmente no âmbito familiar onde a restauração do vínculo é de extrema importância para os conflitantes. Por fim, a mediação pode ser uma forma de transformar a atual sociedade complexa.

Referências

- APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. 1 ed. (ano 2005), 5. Ed. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos e direito de família**. Curitiba: Juruá, 2009.
- CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 3 ed. Brasília. Gazeta Jurídica, 2015.
- DEUTSCH, Morton. **A resolução do conflito: processos construtivos e destrutivos**. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, negociação e mediação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.
- EGGER, Idemar. **Justiça Privada: formas alternativas de resolução de conflitos**. Brasília: Revista JUSTILEX, ano I, nº 12, 2002.
- FREUND, Julien. **Sociologia del conflicto**. Tradución de Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madrid: Ministerio da Defesa, Secretaría General Técnica. D.L., 1995
- FUGA, Marlova Stawinski. **Mediação Familiar: Quando chega ao fim a conjugalidade**. Passo Fundo: UPF, 2003.
- GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER Fabiana Marion. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraterno**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.
- GIMENEZ, Charlise Paula Colet. **O novo no direito de Luis Alberto Warat: mediação e sensibilidade**. Porto: Editorial Juruá, 2018.

ORTEGA, Rosário et al. **Estratégias educativas para prevenção das violências**. Brasília: UNESCO, UCB, 2002.

RESTA, Eligio. **Tempo e Processo**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014b.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare: Um guia prático para mediadores**. Rio de Janeiro: GZ editora, 2010.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Transformação de conflitos, construção de consenso e a mediação – a complexidade dos conflitos**. In: SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler (Org.). **Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

SIMMEL, Georg. **Sociologia**. Tradução de Carlos Alberto Pavanelli *et al.* São Paulo: Ática, 1983.

SCHMIDT, João Pedro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. UniCEUB, Brasília, vol. 6, n° 3, dez 2016. Disponível em: <http://www.academia.edu/31133992/RBPP_Vol_6_n.3_2016.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação no direito familista e sucessório**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

TARTUCE, Fernanda; FALECK, Diego; Gabbay, Daniela. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Dignidade da Pessoa Humana e Mediação Familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

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

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: o Ofício do Mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

Choosing our leaders: the role of propaganda

*Maurício Fontana Filho*¹

*Queli Cristina Braz Persich*²

1 Introduction

Who do we blame for the ill governors elected? Is it the institution of democracy that is to blame? How about perhaps the people? This article means to answer these questions by analyzing the 2016 North-American presidential election, its debates and the power of demagoguery as a means of converting the people into an obedient body of voters.

The investigation has as its method the phenomenological, and makes use of the technique of bibliographical research as a way to analyze the discourses in point. Such analysis is of great importance as it represents the satisfaction to a need of critical thought stimulation in moments of political crisis. The debates are available on the internet, while the books used can be easily tracked down.

2 Representativeness and the search for rightful leaders

In François Guizot's (2008) proposition, the base of representativeness is fixed in the premise that all the power that exists, primarily, to

¹ Pós-graduando em Ciências Sociais pela Universidade Passo Fundo, UPF; mauricio442008@hotmail.com

² Graduanda em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, UNIJUI; quelipersich@gmail.com

become a right, it must act in accord with reason, justice and truth as its only sources of right. Representativeness is as an impulse that tries to take away *reason, justice and truth* out of society as an end to apply to the practical needs of government. Initially, those that used to govern were the strongest among the people; those with physical aptitudes enough developed to enforce their will upon others. But, as society evolved, the search for individuals with virtuous tendencies and wisdom to govern made itself present.

That's the principle of representativeness: the search for the wisest people among society, to govern the people. The representative model of rule is an evolution from the model of the physically strongest. The main objective of representativeness is to extract from society's core a true and wise aristocracy, by which the first can be rightfully governed and the second can rightly govern. A representative government will only exist as long as there are three elements amalgamated: division of powers, elections and publicity. The present article means to treat the *elections*, more precisely, the demagogy that is used as a means to bend the elector's will during the electoral campaign (GUIZOT, 2008).

Guizot (2008, p.637, our translation) tells us about the incapacity to pursue the objectives contained in an election when the presidential candidates can't be truly understood in the matter of what they intend to do:

The objective of an election is, evidently, get the most capable and reliable men in the country. It's a plan to discover and bring to light the true and legitimate aristocracy, that is freely accepted by the masses on which its power will be used. To satisfy this end it's not enough to convoke the electors and tell them: "Choose who you want"; on the contrary, they must have the opportunity to understand the minutia of their role, and, together, enter in an accord about how to fulfill it. If they don't know each other, and neither are they familiarized with the men that ask for their votes, the objective is evidently frustrated. We will have elections that won't even result in a free choice neither it will represent the real wishes of the electors. An election is by its own nature a sudden act that does not leave much opportunity to deliberation. If this act is not connected with the habits and actions prior of the electors, if it's not, in some way, a result of much deliberation before, and the expression of common opinion,

it will be too easy to take by surprise the electors, or make them only hear the enthusiasm of the moment; and the election will be deficient in sincerity.

In this way, we intend to stipulate that a vice found in the process of choosing the representatives implies, necessarily, in the execution of the political faculty of voting in an arbitrary way as well as incompatible with reason, justice and truth. In other words, an elector that is fed upon with information antagonistic to what makes reality is an elector that deposits its confidence in someone that has given him a disservice by proposing untrue and impossible possibilities (GUIZOT, 2008).

The political faculty presupposes favorable circumstances that can make the elector's way through casting its vote easier. He must understand what he is doing and why he is doing it; in other words, he must fully comprehend the effects of the token he's about to engage. If the elector does not have conscience of what he is doing, the process fails and the exercise loses its representative character. How could he ever be represented if the elected candidate is not who he says he is? The expectations imposed upon political freedom can only be satisfied as long as the way to the voting cabin is not filled with obstacles and intransigencies (GUIZOT, 2008).

2.1 The language as an obstacle

“Demagogues search influence and political power by appealing to pre-judgment, emotions, fears and public expectations. They do not clarify, but threat and play rhetorical games” says Ron Paul (2013, p.77, our translation), North-American senator. Demagogy is the enemy of freedom because it makes it harder for a true debate to happen, aiming only at corrupting the electors, reducing them to a position of servitude not to the reason contained in an argument, but to an exploitation of people's feelings, that is, while the interlocutor receives power in the politic spectrum (PAUL, 2013).

The seven debates between Abraham Lincoln and Stephen A. Douglas that occurred in 1858 are a precise example on what's about the political discourse: a circus. The political debate, to the masses, is represented as an

escape route from a boring and annoying way of living. The cannons used to sound loud and bands used to play high, all this happening in concomitance to the candidates entering the debate arena. Why is that? It's to make it more appealing to the crowds. Applause and shouts frequently interrupted the discourses of the candidates. Their rhetoric, filled with great gesticulation and humor aimed at arousing the crowds (LANE, 2015).

Debating is entertainment. Demagogy is entertainment. It's under the premise that governing is boring that all of this pompous apparatus takes place. In a government, the governor is stuck with uncounted legal limitations, as well as parliamentary ones, which impede him from satisfying every one of his campaign promises, while, during the political debates, everything is possible. What really matters is the pleasure derived from intense rhetorical wars, which tends to justify elections such as the former Governor of California, in 2003, the actor *Exterminator* Arnold Schwarzenegger and the other actor and professional wrestler, Jesse Ventura: the entertainment in its peak, and delivered by professionals (LANE, 2015).

This idea of political debates as an entertainment responds very well to the question of *what did happen on the presidential elections of 2016*. It responds how the 2016 presidential victory was won by the former host of the television show *The Apprentice*, Donald J. Trump. He no longer will be the mere host of a television show, but has become the host of the *Show of Government* (REMNICK, 2016). All of this fits inside the proposal of Milton and Rose Friedman's (2017) offer and demand proposition: the masses beg for entertainment, and the most apt to do so will satisfy their needs. It happens while the suppliers ascend in the political sphere. As the demands of entertainment and emotional appeal grow, so it will grow the interest to fulfill them. The masses beg for it, while the political force grants their request.

Following the same idea, Philippe Kourilsky (2013, p.134, our translation) points out that "the media appeal excessively to the emotional and affective public instances." The journalistic method continually diverts

from the primordial rule of objective exposition, that preconizes the separation of facts and their judgments. The Media's system is not the only one nor is it the principal responsible for the deficit of information available to the citizen. He is clearly adapted to its *customers* (KOURILSKY, 2013).

The adaptation proposed by Kourilsky (2013) surrounds the idea of offer and demand as a media interaction: the people beg for violent deaths in the news, therefore, the Media satisfies such need; the people want to see political debates that are more fun, so, as a corollary, the candidates appointed by the parties have such characteristics in order to give what the people expect. They make the debates more exciting because doing otherwise would displease the people and also wouldn't get them elected (KOURILSKY, 2013). The biggest part of the public opinion is powerfully affected by the use of propaganda. The opinion of most people is a final result of the operating system of sentimental influence (HITLER, 2018). Adolf Hitler (2018, p.82) points out that "by far the most effective branch of political education, which in this connection is best expressed by the word 'propaganda', is carried on by the Press. The Press is the chief means employed in the process of political 'enlightenment'. It represents a kind of school for adults."

By calling racist a political representative and saying that he is a defender of the drug use for children are the typical examples of demagoguery, as well as being called of being against the war on terror or any international military expansion, or even defend the burning of national flags: for that, the name of *unpatriotic individual* lies around. Those that question the war on pornography tend to be called pedophiles; having no faith is taken as hating God and everyone that believes in one. These are tendentious topics that are used as tools by demagogues and tend to impede an honest discussion from happening, but more than that, its use puts the opposite candidate in tough conditions of being heard or even elected (PAUL, 2013).

In the United States, the wars that happened between the Bush-Obama periods were fomented under excuses such as Promoting goodness

and North-American democracy to other countries; making the world safe for democracy; taking away from the world the bad men; stopping radical Islam; cooling down the dangers of North Korea; protecting the North-American oil; reconstructing the Middle East. All of these deeds were done through armed actions and military expansions throughout the Middle East and Central Asia. The government of the United States continually supported dictatorial governments, such as Saddam Hussein's, but when the conditions made themselves propitious, they started to see them as an enemy (PAUL, 2013).

Some governors are capable of fooling themselves to a point of believing that their desire to expand influence in the world is in truth an altruistic concern in defense of democracy and human rights, as if intervening in the sovereignty of another nation based on something so abstract and undetermined could have been a reasonable motive that would deserve acclaim and legitimate a military expansion (SINGER, 2004).

Being against military expansion would be being unpatriotic, anti-USA, and even inhumane; against democracy, against the troops and so on. Imagine a soldier after the war time that receives medals for having defended the constitution and their nation in his time in a war that violates the constitution. In 2011, the United States still supported dictatorships in Egypt, Jordan, Saudi Arabia and Libya. They say these countries used to attack the militant Islam because it had hate and jealousy of North-Americans and because of the North-American prosperity and freedom. The State and the conventional Media tend to agree in the matter of imposing propaganda and distortion, which satisfies their interests for power and control over the masses, but also satisfies the people's need for a sense of righteousness. Common people tend to feel very happy knowing that their country is doing the right thing (PAUL, 2013).

The noble lie is all but noble. The government lies to manipulate the public opinion and, therefore, get satisfying results, as from war and redistribution of resources. The lying principle for the goal of benefiting the people is defended in every government, no matter the party in power.

A noble lie is taken as the means to an end: the end of creating a reasonable society. The prerogative of lying is only granted to those that detain the political power; after all, lying to the State is a crime passible of punishment (PAUL, 2013).

These are some commonly used fallacies that are displayed in political debates: *the red fish*: a quick change in the object of discussion to occult a possible absence of answer. *The straw man*: an erroneous representation of an argument to make it easier to be attacked. *The slippery slope*: if A is permitted, then B, in an inexorable way will occur. *Ad hominem*: a personal attack upon the character or physical of the opponent with the intention of also attacking the argument. *Appeal to authority*: being an authority on a matter makes the claim truthful (MORRIS, 2016).

Stanley Milgram (1983, p.161, mark of the author, our translation) tells us about the fallacy of the *appeal to authority*:

The subordinates react with secure consideration to each word pronounced by the president. The ideas mentioned originally by people of low status aren't frequently heard, but when repeated by the president they will be saluted with enthusiasm.

Following such logic, an authority is seen as a transcendental unit, reaching beyond mere individuals; they are super-men naturally deserving of acclaim. Such is the thought evoked by the Fallacy of Appeal to Authority (MILGRAM, 1983). Other fallacies are *the cherry picker*, which means making use of data at will, ignoring what is not compatible and what is not favorable to the specific line of reason. *The appeal to tradition* reflects the intention to say something that was done in the past in a way that, just because it was a product of the past, it will be necessarily right, as if a historical precedent can make an action filled with value (MORRIS, 2016).

The duty of the proof falls upon those that claim the matter, instead of those that deny it. The one that promotes the object is who is required to demonstrate its veracity, not his opponent. The inverse proposal is imposed upon people. It's a common mistake that can be found in

innumerable encounters in the political rhetoric, that is, to the end of using it as a tool for putting the opponent against the wall and against the audience. If the opponent does not controvert the allegations he will be taken by the public as someone incapable and undeserving of acclaim (SPENCER, 1982).

Melanie Joy (2014, p.105, mark of the author, our translation) directs the appeal to tradition by proposing that, in order to attack such fallacy, we “[...] must establish the difference between *natural* and *justifiable*.” She points out that, by saying, for example, that eating meat is something natural and, therefore, justifiable – fallacy of appeal to tradition –, the same would apply to infanticide and rape, cannibalism and homicide, ancient practices that would’ve been legitimized by tradition, if following the same logic. They are natural practices because they are very old, but are they justifiable? An action is not justifiable just because it has its roots grown deep into the earth. The justification makes the practice, not the naturalness.

2.2 The 2016 North-American presidential election

“In the beginning of the electoral campaign, Hillary Clinton and Donald Trump were the candidates with the highest level of rejection in the history of presidential elections. A third of the citizens had an unfavorable perception of Hillary and 40% of Trump”, points out Manuel Castells (2017, p.45, our translation).

The first official presidential debate of 2016, out of three, occurred between Donald J. Trump, representing the Republican Party, and Hillary Clinton, representing the Democrat Party. It happened in September, 26th, in Hempstead, New York. The moderator was Lester Holt. He was partial towards Trump and such could be verified on the context of the questions: when attacking Hillary, an answer would suffice, but when attacking Trump, many questions would follow the first one. Both the candidates, during the first debate, made use of powerful demagogic and unethical

discourses; they interrupted each other constantly and made it clear that they did not respect the authority of the moderator by ignoring the limits of time imposed upon them for each answer; they evaded questions and exalted themselves as virtuous beings, as well as their oppositions as vicious ones. The most important question evaded by Hillary was about the e-mails with sensible information about government incongruences she had deleted, while Trump wouldn't talk about the liberation of his declaration of tax returns (COLLINS, 2016).

Hillary started on by saying that her father was very poor and worked hard to make a living, while the father of her opponent was a rich man that left 40 million dollars as inheritance to him. She said that the day of the debate was the day of her grand-daughter's birthday, and wished her a happy birthday. According to Hillary, Trump hated Latinos, African-Americans and also hated women. She said that Trump was a close friend to the Russian president, Vladimir Putin, and, therefore, an enemy of the United States. Hillary, on the other hand, declared herself a close friend of the first black president in North-American history, Barack Obama, who loved her very much. According to her, Trump could not take a hold of himself while on Tweeter and surely would bomb other countries as a corollary of his instabilities if he were president. When asked about her actions towards invading other countries as a Secretary of State, she said it was a sign of character to proceed in such a way (COLLINS, 2017).

Trump quoted many articles that supposedly made him look richer and more successful, but no sources were ever presented to who did ever say that or when. He spoke a lot about how bad things were, but never how he could deal with them. According to him, he's been through everywhere in America, while his opponent didn't leave the house during the presidential campaign, so she couldn't be a good president (COLLINS, 2017).

On the 7th of October, a tape that existed since 2005 about Trump using extremely aggressive language towards women was leaked by the *Washington Post* with the intention of impeding him from going further into the presidential elections. That happened two days before the second

presidential debate (NELSON, 2016). On the same 7th October, Julian Assange, the *WikiLeaks*, published Hillary Clinton's e-mails in his website. Such e-mails made it clear how absent of veracity were her campaign discourses. If during the debates she promised aiding the poor and taxing the rich, the e-mails showed the extreme contrary. Dirty campaign tactics that could have been used in the primaries, like calling Bernie Sanders a sexist and rapist were found. Bernie Sanders were her old Democratic Party competitor and also an old threat on being appointed the nominee of the Democrat Party for president (FRIZELL, 2016).

Between the 8th and 27th days of 2016, twenty-one women *affirmed* that Trump had molested them in some way. The facts would have taken place in the period between 1980 and 2010, but were only brought up to the public during the final two presidential debates (JAMIESON; JEFFERY; PUGLISE, 2016). Around 90 minutes before initiated the second debate, Trump promoted a surprise press conference, during which, four women affirmed having being raped; three by Bill Clinton, husband of Hillary, and one was the rape victim of a man that had been defended in court by Hillary in 1975. Each one of them had around 30 seconds to express their acceptance to the republican candidate and their ill will towards Hillary, who was taken as an extension of the supposed vile acts perpetrated by her husband as well as a perpetrator of cruel acts herself (DIAZ, 2016).

The second official presidential debate of 2016 happened in October, 9th, in Saint Louis, Missouri. There were two moderators, Martha Raddatz and Anderson Cooper. Both moderators were partial towards Trump, but mostly Raddatz, who, in many segments, did not allow Trump to defend himself with a reply when attacked by Hillary. Both moderators interrupted Trump constantly, but that did not happen towards Hillary, as well as her time limit wasn't inspected properly as much as Trump's. Both the candidates ignored the time limits and interrupted each other with great frequency (BLAKE, 2016).

According to Hillary, Trump hated women, African-Americans, Muslims, patriots, Mexicans, children, North-Americans, disabled and

immigrants. She said that she wants to be a president for all North-Americans, not like her opponent that wants to be it just for the rich. She brought up in her discourse the sexist tape, and said that it was a horrible thing to happen while North-American children watched television; also, she proposed that Trump's discourses were used to recruit fighting Jihadists and that Russia had hacked information from the United States to put Trump in power. Hillary pointed out that she wanted to invest in poor hard working people, while her opponent wanted to invest in evil rich men that prey on the working families. She said people sent her letters and love her, while Trump is hated. *He's not a true leader, but a violent man*, says Hillary (BLAKE, 2016).

Trump began his speech working on a leaked audio in which Hillary mocks a woman for having being raped as much as she brags about her defense of the rapist being successful. The second point he makes is about how evil her husband is, having raped three women, all of them brought to the debate by Trump as well as the one that was involved in the leaked audio. According to him, Hillary had called his voters *deplorables*, sexists, racists, Islam and homophobes. Trump said that Hillary lies and all her discourses are memorized; that she had hate in her heart and also that if he got elected, Hillary would find herself in jail. When asked another time about the offensive tape that came up, Trump said that Bill Clinton did much worse (BLAKE, 2016).

The fallacies of *appeal to authority* and *red fish* were frequently used by both candidates. With Trump, when saying that, according to Bernie Sanders, Hillary does not have a good judgment, while Hillary says that, according to many republicans and experts, Trump does not have a good character. When asked about important matters regarding their ways of governing, both candidates evaded the questions, attacking each other and regarding themselves as virtuous Gods. Even if Trump's allegations towards Hillary were right, that was neither the place nor the time for such comments. Bill Clinton could have raped someone, but that was neither the time nor the place to bring up remarks such as those. They were in a

political debate, and should've kept their pace inside the political sphere. Instead, they chose to make use of emotional tactics (BLAKE, 2016).

The first two presidential debates of 2016 can be considered the most horrible and obscure debates that have happened in the modern time, and the reason is that very little political merit was discussed. Mostly, the candidates attacked one another and exalted themselves as great leaders and good people. They yelled shouts and grunts, interrupted each other constantly, ignored the authority of the moderators and made it clear that these elections were all about a show to the public: to be won by the best entertainer (CASSIDY, 2016).

John Stuart Mill (2006, p.206, our translation) tells us about the political personalities and the superficial surroundings that are around them:

Presidents, ministers, heads of parties and their followers, are all electoral propagandists. All the community keeps itself focused upon their mere political personalities and the entire public question is discussed and decided by worrying less about their merits than the expected purpose of the presidential election.

The third and final official presidential debate of 2016 happened in October, 19th, in Paradise, Nevada. The moderator was Chris Wallace and was the only one that acted in an impartial way throughout the three debates. Both the contestants interrupted each other frequently, ignored the time limits and tried to deceive the audiences with dishonest language (POLITICO STAFF, 2016).

Hillary made use of the same *I fight for the poor and my opponent fights for the rich* argument. She quoted a woman named Carla that was afraid for her parents being deported, which would happen if Hillary didn't become president, as well as families destroyed through the expulsion of immigrants proposed by Trump. She would, on the other hand, be a mother to them. According to her, Trump is a traitor, an ally and a puppet of Vladimir Putin. After that, she compared himself with her by saying that while she was giving speeches on racial discrimination throughout the country, her opponent was being sued; while she worked on building new schools,

her opponent took a loan out of his rich father for 14 million dollars; while she visited other countries in defense of women, her opponent offended women; while she was hunting down Osama Bin Laden, her opponent engaged in a show called *The Apprentice* (POLITICO STAFF, 2016).

The democrat candidate spoke up of Trump as a terrible man, a rapist and women hater, and everyone that voted for him would be agreeing to the hate he shows towards women and to the future of his politics, that is, North-American daughters and grand-daughters. She used the same point that did Obama on the 2012 presidential debates, the *That's not who we are* affirmative. You get to choose, says Hillary, between a path of diversity or a path of destruction and chaos; a path of a patriot or a path of a man that hates patriots, disabled, Mexicans, women, that supports violent people and embarrasses democracy. Hillary brought up the subject of a little immigrant boy that was bleeding, and said that that was the face of the repression of Trump's policies. Then, she spoke of a nightclub assassin that killed dozens of people and was born in the same neighborhood as Trump (POLITICO STAFF, 2016).

The republican candidate didn't need to attack his opponent as much, corollary of all the information leaked out and of the vicious circumstances he had created for the second debate. Therefore, his use of demagoguery was more limited compared to hers. Trump called Hillary a puppet and a vile woman, proposing that he had created an empire while his opponent created the terrorist group of ISIS. Throughout his speech, in many occasions, he would bring up the thought that the country was suffering and that was very sad; that people were dying and such was very sad; that the situation was awful and could have been different if Obama hadn't ruined everything with his flawed will, and that it was very sad (POLITICO STAFF, 2016).

Castells (2017, p.43, our translation) points out on the relation of Trump towards the Media:

His relation to the electorate was direct, in rallies to crowds, with incendiary discourses. And his strategy, fundamentally concentrated upon the media. He discovered, since the primaries, how to always stay in the media without the

need to pay for it. In exchange of scandalous and polemical declarations that the social networks and the means of communication rapidly reported, generally to criticize. Trump understood, by his own media experience, that the essential is to be in the media, most of all in television, even if it's in a negative way. It was such a constant presence that monopolized the discussion around him, around his person, about what was said about him and about what he responded. His pathological narcissistic personality got him that no one would talk about subjects or even Hillary Clinton, but about him. All the campaign surrounded Trump, on his simplistic message and the feeble and predictable response from Hillary.

Hitler (2018, p.98) would agree with Trump in such an action towards social acclaim by saying that:

Mass meetings in public became more and more rare, through these are the only means of exercising a really effective influence on the people; because here the influence comes from direct personal contact and in this way the support of large sections of the people can be obtained.

Trump became the president of the United States because his control over the Media was very intense: he knew that if he kept on expressing his polemical thoughts, the Media wouldn't let him go. People were always speaking of him. They were speaking of him in a good way or in a bad way, but he was always in the center of the debate, and that got him many votes, but most importantly, it's gotten him influence (CASTELLS, 2017). In Brazil, Bolsonaro did the same through his extremist positions, which got him attention, gratuitous publicity and attracted a majority of voters (LONDOÑO; DARLINGTON, 2018). In Italy, Berlusconi was the name. By making use of the same tactics, he got elected though manipulating the crowds. "It may be that the left, with its elitist and intellectual mentality has deeply underestimated the power of television forming the political opinions. Berlusconi knew very well what he was doing." (DUGGAN, 2017, p.333, our translation). Berlusconi's influence got his image inside every house in the country, which was something very valuable when you're in

need of been elected. His face could be trusted, and a trusted face is a face most people vote upon (DUGGAN, 2017).

3 Final considerations

The analysis of the 2016 debates make it clear that, as long as the people will be easily fooled by the rhetoric of the political candidates, the bigger will be the chance of having inept governors elected. As much suiting as it might be to blame the institution of democracy for the vile and weak human beings that get into political power, truth be told, the fault lies upon us, the electors. The candidates only engage into demagoguery as a means for satisfying our want for such. The role of propaganda is as a circumstance that satisfies our natural feelings of insecurity and happiness. The debates of 2016, as ill-mannered as they were, suggested what politics really is about: a game of chairs for the influent and the wealthy. They are willing to drop their opponents dead to the floor if need be, and so they go on with their toxic rhetoric that aim not logic, but laughter; not respect, but victory; not honesty, but amusement from the crowds.

As long as the people do not see through demagoguery, there is nothing to talk about on representativeness or even a simple idea of democracy. We shall be governed by funny men, and they will enrich themselves and their friends in the process; they will make us laugh at first, but then we shall all cry, suffer and die at their hands. Either we develop ourselves as individuals, or we fall together as a governed unit. Following the analysis made upon the above mentioned discourses, it is possible to note that the use of demagoguery not only subtracts the political freedom of the elector, but as well nourishes the masses that watch the spectacle. The narrated cases are not alone among many citable examples. This kind of conduct, antagonistic to the principle of representativeness, is a consequence of peoples uninteresting will towards politics taken as a tool to resolve complex problems that, after each day, turn themselves even harder to be understood, if say engaged at all.

The use of language strategies to induce the people towards error is an historical faculty. In one way, the candidates link themselves to whatever made up majorities expect from them, while in another, the electorate submits itself upon the spectacle, with their knees pinned to the floor and their eyes glimmering with excitement looking at the injuries and kicks offered to them by the debaters. Powerful men and women bow down towards the crowds in order to be elected, and the crowds love it. The common people feel, deep inside them, the relation between providers of entertainment and consumers, but it's easier to admire them than going back to their monotonous lives without importance. The political debates, when ill constructed, are instruments of entertainment. If such is followed, it's not the most apt that will be chosen, but the best jugglers and enthusiasts.

References

- BLAKE, Aaron. **Everything that was said at the second Donald Trump vs. Hillary Clinton debate, highlighted**, 2016. Available in: <https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2016/10/09/everything-that-was-said-at-the-second-donald-trump-vs-hillary-clinton-debate-highlighted/?utm_term=.0683d500cafo>. Access in: 9 jan. 2018.
- CASSIDY, John. **The Nastiest Presidential Debate of All Time**, 2016. Available in: <<https://www.newyorker.com/news/john-cassidy/the-nastiest-presidential-debate-of-all-time>>. Access in: 21 jan. 2018.
- CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.
- COLLINS, Kaitlan. **Elections: everything Said During Tonight's Presidential Debate Between Donald Trump And Hillary Clinton**, 2016. Available in: <<http://dailycaller.com/2016/09/26/everything-said-during-tonights-presidential-debate-between-donald-trump-and-hillary-clinton/>>. Access in: 8 jan. 2018.
- DIAZ, Daniella; ZELENY, Jeff. **Trump appears with Bill Clinton accusers before debate**, 2016. Available in: <<http://edition.cnn.com/2016/10/09/politics/donald-trump-juanita-broadrick-paula-jones-facebook-live-2016-election/index.html>>. Access in: 10 jan. 2018.

DUGGAN, Christopher. **Historia de Italia**. 2.ed. Madrid: Akal, 2017.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Livre para escolher**. Rio de Janeiro: Record, 2015.

FRIZELL, Sam. **What Leaked Emails Reveal About Hillary Clinton's Campaign**, 2016. Available in: <<http://time.com/4523749/hillary-clinton-wikileaks-leaked-emails-john-podesta/>>. Access in: 11 jan. 2018.

GUIZOT, François. **A história das origens do governo representativo na Europa**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2008.

HITLER, Adolf. **Mein Kampf**. United States: White Wolf, 2018.

JAMIESON, Amber; JEFFERY, Simon; PUGLISE, Nicole. **A timeline of Donald Trump's alleged sexual misconduct: who, when and what**, 2016. Available in: <<https://www.theguardian.com/us-news/2016/oct/13/list-of-donald-trump-sexual-misconduct-allegations>>. Access in: 11 jan. 2018.

JOY, Melanie. **Por que amamos cachorros, comemos porcos e vestimos vacas: uma introdução ao carnismo**: o sistema de crenças que nos faz comer alguns animais e outros não. São Paulo: Cultrix, 2014.

KOURILSKY, Philippe. **O manifesto do altruísmo: questionamentos políticos, sociais e filosóficos sobre o individualismo e a necessidade do coletivo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

LANE, Charles. **It's not just Donald Trump – politics has always been about entertainment**, 2015. Available in: <https://www.washingtonpost.com/opinions/politics-as-spectacle/2015/08/05/97bc3e86-3b88-11e5-b3ac-8a79bc44e5e2_story.html?utm_term=.93336c12d659>. Access in: 21 jan. 2018.

LONDOÑO, Ernesto; DARLINGTON, Shasta. **Jair Bolsonaro Wins Brazil's Presidency, in a Shift to the Far Right**, 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/10/28/world/americas/jair-bolsonaro-brazil-election.html>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

MILGRAM, Stanley. **Obediência à autoridade**: uma visão experimental. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983.

MILL, John Stuart. **Considerações Sobre o Governo Representativo**. São Paulo: Escala, 2006.

MORRIS, Hannah. **Fallacies In Politics**: Can you spot them?, 2016. Available in: <<https://www.theodysseyonline.com/fallacies-politics>>. Access in: 21 jan. 2018.

NELSON, Libby. "**Grab 'em by the pussy**": how Trump talked about women in private is horrifying, 2016. Available in: <<https://www.vox.com/2016/10/7/13205842/trump-secret-recording-women>>. Access in: 11 jan. 2018.

PAUL, Ron. **Definindo a liberdade**: 50 questões fundamentais que afetam a nossa liberdade. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2013.

POLITICO STAFF. **Full transcript**: Third 2016 presidential debate, 2016. Available in: <<https://www.politico.com/story/2016/10/full-transcript-third-2016-presidential-debate-230063>>. Access in: 10 jan. 2018.

REMICK, David. **An American Tragedy**, 2016. Available in: <<https://www.newyorker.com/news/news-desk/an-american-tragedy-2>>. Access in: 21 jan. 2018.

SINGER, Peter. **Um só mundo**: a ética da globalização. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SPENCER, Herbert. **The man versus the state**: with six essays on government, society, and freedom. Indianapolis: Liberty Fund, 1982.

Teletrabalho e reforma trabalhista: análise da regulamentação e das implicações na vida do trabalhador

*Taís Andressa Cavalheiro*¹

*Nelci Lurdes Gayeski Meneguzzi*²

1 Introdução

A Reforma Trabalhista aconteceu no Brasil no ano de 2017. Com o objetivo de combater o desemprego e a crise econômica no país, a Lei 13.467 de 13 de julho de 2017 foi introduzida como uma forma de solução ou tentativa de amenizar estes problemas, alterando o texto da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

O teletrabalho passou a ser matéria disciplinada pela Consolidação das Leis do Trabalho- CLT, no Capítulo II-A, artigos 75-A à 75-E, os quais passaram a regular este novo tipo de contrato de trabalho.

Não se pode deixar de frisar que, a CLT já trazia a previsão do trabalho em domicílio, mais especificamente no seu artigo 6º, onde permitia o

¹ Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: taais.cavalheiro@hotmail.com

² Doutoranda em Direito pela Unijuí. Mestra em Direito pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina / CESUSC. Bacharelada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogada. Docente de Ensino Superior com experiência na área de Direito: Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário. Atualmente é docente do Curso de Direito na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, nos campus de Ijuí, Santa Rosa e Três Passos e na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI- Campus de Santo Ângelo, RS.

trabalho realizado no domicílio do empregado, garantindo tratamento idêntico ao trabalho realizado no estabelecimento do empregador.

Junto com a regulamentação do teletrabalho, passam a surgir diversas discussões e questionamentos referentes à eficácia dessa nova norma. Diante disso, é importante a análise acerca da legislação e quais as suas implicações na vida do trabalhador, uma vez que ainda é cedo para garantir que a regulamentação do teletrabalho assegure ao empregado todos os seus direitos sociais e fundamentais.

Por meio de uma pesquisa exploratória, utilizando-se do método dedutivo, busca-se fazer este breve estudo acerca do teletrabalho, além de entender e relacionar os elementos necessários para que o trabalhador possa o executar com a garantia de que seus direitos e sua qualidade de vida não sejam prejudicados pela má utilização deste novo regime.

2 A Lei 13.467/2017 e o teletrabalho

Com o passar dos anos as relações trabalhistas foram se desenvolvendo de acordo com as condições oferecidas pela tecnologia, suprimindo cada vez mais as necessidades que foram surgindo.

Com isso, se fez necessária a análise da evolução e atualização da legislação trabalhista, que ao serem alteradas e inovadas as relações de trabalho, também teve de acompanhar esse processo, uma vez que a lei deve sempre estar disponível a amparar os direitos e deveres de todos os indivíduos.

Tratando-se do teletrabalho, esta foi uma atividade que se desenvolveu muito nos últimos anos, principalmente devido à acelerada evolução tecnológica em que o mundo se encontra. Quanto mais são avançadas as criações tecnológicas, mais se faz possível a execução dessa modalidade no âmbito laboral.

A fim de que esta atividade fosse regulamentada, a Reforma Trabalhista, oriunda da Lei 13.487 de 13 de julho de 2017, inseriu os artigos 75-A à 75-E à redação da Consolidação das Leis de Trabalho, fazendo com que

essa modalidade fosse oficialmente considerada um novo tipo de contrato de trabalho, pois até então, inúmeras eram as discussões em razão do contrato e do vínculo empregatício.

2.1 Regulamentação do teletrabalho

Apesar de ser tratado como um tema novo, o teletrabalho é um assunto já trazido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT em sua primeira redação. Anterior à Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011, o artigo 6º da CLT trazia o seguinte: “Art. 6º - Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego.” (BRASIL, 2011), onde este apenas igualava a atividade laboral exercida no domicílio e a exercida no local da empresa, tendo como único requisito, a existência de vínculo empregatício entre as partes.

Após a inclusão da Lei nº 12.551, de 15 de Dezembro de 2011, o artigo 6º foi alterado, passando a vigorar com a seguinte redação: “Art. 6º - Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.”, acrescentado do Parágrafo Único, que dispõe o seguinte: “Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.” (BRASIL, 2011)

Dessa forma, a partir da Lei nº 12.551/11, não bastava apenas a existência do vínculo empregatício entre as partes, mas sim que fossem preenchidos os pressupostos de emprego.

Dentre os pressupostos de emprego, também chamados de requisitos legais, estão elencadas a capacidade do empregado, o qual deve ser pessoa física, prestar o serviço de forma contínua, não sendo admitida a forma eventual, o objeto do trabalho deve ser possível e lícito, não podendo ser uma

atividade contra a lei, deve ser uma atividade personalíssima, não sendo possível o empregado fazer-se substituir por outra pessoa. A atividade deve ser onerosa, onde o empregado é remunerado pelo trabalhador, por conta da prestação do serviço, resultando em uma relação de subordinação das partes.

Levando em conta o considerável aumento na utilização do teletrabalho, tornou-se muito importante a sua regulamentação, uma vez que se faz necessário o esclarecimento acerca do contrato de trabalho, pois este regime pode ser muito benéfico tanto para o empregado, quanto para o empregador, se for executado de forma correta.

Assim, a Lei 13.487, que começou a vigorar no dia 11 de novembro de 2017, criou o capítulo II-A, incluiu os artigos 75-A e seguintes, e dedicou-se a fazer a regulamentação do regime do teletrabalho.

O artigo 75-A trouxe então, a determinação de que “a prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto[...] neste Capítulo II-A, enquanto o artigo 75-B foi inserido com a intenção de criar um conceito legal para o teletrabalho, que, conforme já visto, não possuía uma definição cerrada. Sendo assim:

Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. (BRASIL, 2017)

No parágrafo único do artigo 75-B o legislador buscou deixar claro que, nos casos em que o empregado compareça de forma eventual na sede da empresa, para realizar alguma atividade, não será descaracterizado o teletrabalho, dispondo assim, que “O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.” (BRASIL, 2017), valendo como teletrabalho, os casos em que o empregado preste os serviços majoritariamente, em local divergente ao da sede da empresa.

O artigo 75-C trouxe a regra de que deve-se estar definido no contrato de trabalho, expressamente, o regime em que o trabalhador irá executar suas atividades, e quais serão elas: “A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.” (BRASIL, 2017)

O parágrafo primeiro do artigo supracitado determina que, nos casos de alteração entre regime presencial e de teletrabalho, este só pode ser feito através de aditivo contratual, desde que haja acordo bilateral: “Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.” (BRASIL, 2017). Já no parágrafo segundo deste mesmo artigo, o legislador determinou que o empregador pode alterar o regime de teletrabalho para o presencial, de forma unilateral, desde que através de aditivo contratual, respeitando o prazo de, no mínimo 15 (quinze) dias, para que haja essa transição: “Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.” (BRASIL, 2017)

O legislador também estabeleceu que determinações pertinentes aos equipamentos utilizados na prestação de serviços devem ser estabelecidas no contrato individual de trabalho, os quais não devem possuir natureza salarial, quando fornecidos pelo empregador, conforme artigo 75-D e seu parágrafo único:

As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado. (BRASIL, 2017)

Em relação ao artigo acima, Carolina Tupinambá e Fábio R. Gomes (2018, p. 325) defendem que em razão do risco da atividade econômica ser

totalmente do empregador, conforme dispõe o artigo 2º da CLT³, a aquisição de equipamentos e as despesas resultantes de suas manutenções são de responsabilidade exclusiva deste, e que a existência de cláusula escrita no contrato individual não exonera o empregador de arcar com as despesas decorrentes da prestação de serviços, nem mesmo transfere essa responsabilidade ao empregado.

Ao final do capítulo, o artigo 75-E determinou que “O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho” (BRASIL, 2017), a fim de que o empregado tenha ciência dos riscos de acidentes e doenças do trabalho e se proteja destes, da melhor maneira, devendo assinar um termo de responsabilidade, onde se compromete a seguir estas orientações, conforme determina o parágrafo único deste artigo: “O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.” (BRASIL, 2017)

Também, advindo da Reforma Trabalhista, o artigo 62 foi alterado, onde incluiu o inciso III, excluindo o teletrabalhador do controle de jornada, onde então, este não goza do direito à horas extras remuneradas: “Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: III - os empregados em regime de teletrabalho.”. (BRASIL, 2017)

Por último, a lei estabeleceu então, que as convenções coletivas e os acordos coletivos de trabalho prevalecem sobre a lei, quando se tratarem dos casos de regime de teletrabalho, conforme o artigo 611-A, inciso VIII: “A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente.” (BRASIL, 2017), assim, prevalece o que foi negociado em razão da matéria legislada. Sobre isso, ensinam Carolina Tupinambá e Fábio R. Gomes (2018, p. 324):

Uma das temáticas centrais da “Reforma Trabalhista” diz respeito ao “negociado sobre o legislado”, de modo que os instrumentos normativos têm

³ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

prevalência sobre a lei e regulamento de empresa nas questões envolvendo o teletrabalho (art. 611-A, VI e VIII, CLT). Além disso, em caso de conflito entre os instrumentos normativos existentes, o acordo coletivo se sobrepõe às convenções coletivas de trabalho (art. 620). Com isso, tem-se uma hierarquia de normas no Direito do Trabalho e a mitigação do princípio da norma mais favorável.

Em resumo, a reforma trabalhista ao regulamentar o teletrabalho, passou a conceitua-lo, definindo regras para o contrato de trabalho, quanto ao local de execução, utilização e fornecimentos dos equipamentos e materiais para que o trabalho possa ser executado.

O que se percebe é que, mesmo havendo essa regulamentação, ainda existem muitas lacunas a serem preenchidas em razão deste assunto, pois o texto foi inserido de forma muito genérica, onde o tema legislado possui inúmeras características peculiares de cada caso, pois são diversas as modalidades em que o teletrabalho é executado e em situações muito diferentes, considerando cada profissão e cada cargo exercido.

2.2 A preocupação acerca dos direitos fundamentais e sociais do trabalhador

Diante dessa discussão e de tantas mudanças sendo colocadas em prática, se faz necessária a crítica a respeito da garantia da proteção dos direitos fundamentais e sociais do trabalhador, pois não havendo o controle de jornada de trabalho, se torna difícil fazer a administração das atividades cobradas pelo empregado, do tempo para exercê-las e das condições em que o trabalhador se encontra no meio ambiente de trabalho.

Apesar das inúmeras vantagens oferecidas na utilização da modalidade do teletrabalho, existem fatores que podem gerar problemas, tanto para o empregado, quanto para o empregador, sendo este último, responsável pela correta aplicação deste tipo de trabalho.

O fator mais preocupante acerca do teletrabalho, é o referente a jornada, onde é grande a probabilidade de que o empregado acabe por

trabalhar durante um período superior ao que iria trabalhar caso a atividade fosse executada nas dependências da sede da empresa, e ainda, sem receber o devido acréscimo na remuneração.

Uma vez que, inexistam outras pessoas que presenciem ou acompanhem a prestação de serviços longe da sede do empregador, há a impossibilidade de que este garanta o cumprimento das orientações feitas diante do contrato individual de trabalho, relativas à segurança do trabalhador e até mesmo do ambiente no qual irá trabalhar, o qual deve cumprir com as normas de saúde e segurança do trabalho.

Mesmo que, como já visto, nos casos em que se opte pela utilização do teletrabalho, a obrigação de garantir um bom ambiente de trabalho, com condições adequadas, é inteiramente do empregador, deve-se entender a existência de limites quando se trata deste fazer a fiscalização do cumprimento das orientações dadas ao empregado, uma vez que este não possui livre acesso ao domicílio em trabalhador, nem mesmo quando for local diverso à este.

Com relação a isto, a legislação trazida se fez omissa ao deixar de estabelecer a forma com que o empregador pode ou deve realizar a fiscalização do ambiente de trabalho, que na maioria das vezes ocorre no domicílio do empregado (MIZIARA, 2018, p. 68). Nos casos em que o contrato de trabalho não determinar estas regras de fiscalização, interpreta-se as normas à luz do artigo 8º da CLT:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. (BRASIL, 2017)

Dessa forma, havendo ausência da matéria no contrato individual, pode se utilizar do direito comparado, tendo como exemplo o já citado, Código de Trabalho de Portugal, que em seu artigo 170 estabelece:

[...] sempre que o teletrabalho seja realizado no domicílio do trabalhador, a visita ao local de trabalho só deve ter por objeto o controle da atividade laboral, bem como dos instrumentos de trabalho e apenas pode ser efetuada entre as 9 e as 19 horas, com a assistência do trabalhador ou de pessoa por ele designada (art. 170, item 2).

Assim, cabe ao empregador a obrigação de orientar seus empregados teletrabalhadores quanto à necessidade e importância de serem cumpridas as normas de saúde e segurança do trabalho, com o intuito de prevenir o surgimento de problemas de saúde do funcionário, devendo também, fazer a fiscalização do cumprimento destas sempre com a anuência e presença do empregado ou de alguém por ele indicado; visitar o local apenas com o intuito de fiscalizar as atividades e instrumentos laborais; em horário comercial, conforme os costumes do local; respeitando os direitos à intimidade e a vida privada do seu empregado (MIZIARA, 2018, p. 76).

Cláudio J. Rocha (2017, p. 390) destaca o fato do teletrabalho ser realizado através do uso de aparelhos tecnológicos, devendo-se atentar à má utilização destes, como por exemplo nos casos dos celulares, pois em muitos casos eles são utilizados de maneira que causem a restrição da liberdade do funcionário, que se encontra psicologicamente controlado pelo aparelho, uma vez que pode haver um chamado a qualquer momento, podendo caracterizar assim, um regime de sobreaviso, conforme a súmula nº 428, do Tribunal Superior do Trabalho:

SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

Ocorre que, por si só, a utilização de aparelhos não indica necessariamente o sobreaviso, o qual necessita do controle do empregador através destes, onde o empregado se encontra em caráter de plantão durante o período de descanso, podendo ser chamado pelo empregador, a qualquer momento. (LEITE, 2015, p. 444)

Nos casos em que o controle das atividades realizadas pelo empregado é feito através de sistemas tecnológicos, é grande o risco de que se afete a saúde física e mental dos trabalhadores, uma vez que com a má utilização destes se tende a causar excesso de tensão, fadiga e sofrimento mental aos empregados. (ROCHA, 2017, p. 399)

Alice Monteiro de Barros (2016, p. 115) ainda relaciona algumas desvantagens relevantes para o empregado na utilização deste regime, como por exemplo, a possibilidade da deterioração das condições de trabalho em razão do isolamento do trabalhador; eliminação da carreira e, consequentemente, de qualquer promoção, além de conflitos familiares, nos casos em que o empregador não consiga separar a vida profissional da vida familiar.

Ainda usando o direito comparado para resolver questões em que a legislação se faz omissa, pode-se ter como base o Acordo Europeu sobre Teletrabalho, o qual defende que todos os trabalhadores deverão ter as mesmas oportunidades de crescimento e de carreira:

Los teletrabajadores tienen el mismo acceso a la formación y a las oportunidades de desarrollo de la carrera profesional que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa y están sujetos a las mismas políticas de evaluación que el resto de los trabajadores⁴. (ACORDO EUROPEU SOBRE TELETRABALHO, Art. 10)

Sandro Nahmias Melo (MELO, 2017) cita a importância do exercício do direito à desconexão, pois as novas tecnologias podem fazer com que haja um elastecimento da jornada de trabalho realizada pelo empregado.

⁴ Os teletrabalhadores têm o mesmo acesso às oportunidades de formação e desenvolvimento de carreira que os trabalhadores comparáveis que trabalham nas instalações da empresa e estão sujeitos às mesmas políticas de avaliação que os restantes trabalhadores. (livre tradução)

A Constituição Federal assegura o direito ao repouso e ao lazer, entendendo-se que o trabalhador é detentor do direito à desconexão do ambiente de trabalho.

O direito à desconexão consiste em que o empregado deve-se desligar fisicamente e mentalmente do ambiente no qual trabalha, visando garantir à este o bem-estar mental e físico do trabalhador, a fim de que se tenha assegurada a sua qualidade de vida e da sua saúde.

O descanso e o direito a desligar-se do trabalho apresentam-se essenciais ao bem-estar físico e mental do trabalhador, importando em sua qualidade de vida e saúde, sendo essencial até mesmo a sua produtividade, importando na defesa de vários direitos constitucionais conexos, como o direito à saúde, ao lazer e ao meio ambiente sadio. (MELO, 2017, s.p.)

Ainda sobre o mesmo assunto, se podem citar as palavras do Ministro Maurício Godinho Delgado ao falar sobre a regulamentação do teletrabalho e sua relação com o direito à desconexão:

[...] na recente Reforma Trabalhista, perdemos a oportunidade de tratar desse assunto. Regulou-se o teletrabalho, mas se devia ter regulado mesmo, não só autorizado, e dado todas as franquias. Há legislação de outros países que pune severamente a comunicação fora do horário de trabalho; no caso, da França. Então, parece-me que por conta dos princípios constitucionais, princípio da privacidade, a pessoa precisa desconectar-se. Sabemos que é difícil desconectar-se, de maneira geral. O WhatsApp está ligado sempre. [...]. Não é difícil para a empresa estabelecer uma regra de remessa durante o horário padrão do expediente, mesmo que aquele indivíduo trabalhe num horário um pouco diferente, de dia, uma regra civilizada. Então, estou convicto [...] de que, de fato, fere a privacidade porque, obviamente, nenhum empregado é doido em ignorar uma mensagem do seu empregador, só se ele for absolutamente desconectado do mundo real. (DELGADO, 2018, p.6)

Em tempos em que o mundo e as comunicações são movidos através do uso frequente da tecnologia, é muito difícil fazer o controle efetivo destes equipamentos, como por exemplo, o celular. As pessoas estão conectadas quase que 24 horas por dia, e quando as relações se trabalho

se fazem através destes, é praticamente impossível que se tenha um total controle sobre a comunicação e as cobranças fora do horário do labor.

2.3 Breve análise Jurisprudencial acerca do Teletrabalho

Apesar de recém regulamentada a matéria na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, a justiça brasileira já vem legislando acerca do teletrabalho. Pode-se encontrar julgamentos anteriores à Reforma e também, mesmo sendo escassos ainda, decisões após a inserção da regulamentação.

HOME OFFICE - AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO E CONSEQUENTE CONTROLE DE JORNADA - INCIDÊNCIA DE EXCEÇÃO LEGAL. O sistema de trabalho conhecido como home office é juslaboralmente bem aceito e já está até regulamentado, por meio da Lei 12.551/11, que alterou o artigo 6º/CLT. O atual padrão normativo visa equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Nessa ordem de ideias, não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado à distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. Demonstrada na vertente hipótese a ausência de fiscalização da jornada praticada, além de livremente organizadas pelo trabalhador as atividades externas realizadas, ou em sistema de home office praticadas, incide a exceção expressa no art. 62, inciso I, da CLT. Executado o labor fora do alcance de controle do empregador, não faz jus o obreiro às horas extras postuladas. (TRT-3 - RO: 00727201301803001 0000727-42.2013.5.03.0018, Relator: Convocado Vitor Salino de Moura Eca, Quarta Turma, Data de Publicação: 21/09/2015)

No referido caso, julgado antes da inserção do teletrabalho no Código das Leis Trabalhistas, em Belo Horizonte, MG, tem-se a situação do trabalhador que exercia suas atividades como *home office*, prestando serviços

longe da sede da empresa. Era inexistente o controle de jornada de trabalho por conta do reclamante. Diante disso, o empregado pleiteou o reconhecimento de devida remuneração de horas extraordinárias.

Ocorre que, a falta de possibilidade da reclamada ter o controle da jornada de trabalho de seu empregado, foi desvinculada a obrigação desta de dever-lhe a remuneração de horas extras, sendo, por isso, enquadrado na situação do artigo 62, I, CLT⁵.

Assim, foi negada a concessão do direito à remuneração, pois conforme a decisão: “como inclusive afirmado em depoimento pessoal (fl. 591), o reclamante comparecia à empresa somente duas vezes por ano, confessando, outrossim, que a organização da rota e horário de intervalo eram definidos por ele mesmo”.

USO DE VEÍCULO PRÓPRIO. INDENIZAÇÃO. Consoante o princípio da alteridade, os encargos econômicos do empreendimento econômico devem ser suportados, de forma exclusiva, pela empresa, sendo inviável a transferência de custos operacionais ao empregado. Destarte, os gastos com combustível para a locomoção em veículo próprio para execução de atividade em prol do empregador, devem ser indenizados. Inteligência do art. 2º da CLT.(TRT-3 – RO: 0010455-39.2017.5.03.006, Data de Julgamento: 08/02/2018, Relator: Cleber Lúcio de Almeida)

Nesta situação, também julgada pelo TRT de Belo Horizonte, já após a regulamentação do teletrabalho pela Reforma Trabalhista, tem-se o caso onde foi reconhecida a obrigação da empresa em arcar com os custos dos equipamentos utilizados na prestação de serviços.

Aqui, a recorrente pugna, por meio de Recurso Ordinário, pela restituição de despesas de execução do “*home office*”, alegando que utilizava seu computador pessoal, telefone fixo, celular, além da internet e da energia elétrica necessária para o uso destes equipamentos, em prol da

⁵ Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (Redação dada pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994) I - Os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

prestação de serviços, provando através de cópias de contas anexas no processo.

A reclamada, em sua defesa, alegou a inexistência de lei que a obrigue a restituir o empregado, ressaltando que os equipamentos utilizados na prestação de serviços também eram utilizados pela sua família e por ela mesma para interesses próprios.

O Tribunal decidiu que é sim, de direito da reclamante, o ressarcimento de custos advindos da utilização destes equipamentos, pois é inadmissível que os custos operacionais do trabalho sejam custeados pela empregada, onde é obrigação do empregador fornecer ferramentas e estrutura para o labor em razão do artigo 2º da CLT, que dispõe sobre o empregador assumir os riscos e custos advindos da atividade econômica.

Assim, se vê que mesmo com a disposição do artigo 75-D da CLT, dispondo que os custos acerca dos equipamentos para a prestação de serviços devem ser acertados em contrato de trabalho, está sendo utilizado o artigo 2º em benefício do empregado, deixando o empregador responsável pelo pagamento destes.

RECURSO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. LICENÇA PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE TRANSFERIDO PARA OUTRO PAÍS EM REGIME DE TELETRABALHO. Tratando-se a Lei nº 8.112/90 de norma infraconstitucional, há de ser interpretada em conjunto com as disposições constitucionais, que estabelecem que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (art. 226 da CRFB), devendo prevalecer a tutela da família sobre o interesse público. E uma vez preenchidos os demais requisitos, deve ser concedida a licença em regime de teletrabalho, na forma prevista no inciso VI, art. 6º da Resolução nº 151 de 2015 do CSJT. (TRT-1 - RECURSO ADMINISTRATIVO: 01000583220185010000 RJ, Relator: EDITH MARIA CORREA TOURINHO, Data de Julgamento: 15/03/2018, Órgão Especial, Data de Publicação: 04/04/2018)

Neste julgamento, proferido também após a Reforma Trabalhista, pelo Tribunal do Rio de Janeiro, a Relatora Edith Maria Correa Tourinho, julgou a demanda procedente em razão da soberania da tutela da família em razão dos interesses públicos.

Através de Recurso Administrativo, a recorrente, servidora pública, solicitou que lhe fosse concedida licença para acompanhar seu cônjuge que fora trabalhar em outro país, o qual não fora concedido pelo fato dos motivos da recorrente não preencher os requisitos do artigo 84, §1º, da Lei nº 8.112/90⁶, além da autorização para atuar em regime de teletrabalho, conforme é regulado pela Resolução CSJT⁷ 207/2017.

Em primeira decisão, a licença não fora concedida, pois não ficou comprovado que seu cônjuge teria sido imposto a deslocar-se do país para trabalhar, que esta decisão foi de forma voluntária.

Considerando que a servidora possui 03 filhos menores, que a renda de seu cônjuge representa cerca de 70% da renda familiar, e que esta seria totalmente prejudicada caso não houvesse a concessão, foi decidido que seus pedidos fossem autorizados, em benefício à família, que é tida como a base da sociedade brasileira, tendo assim, maior tutela perante os interesses públicos.

RECURSO ORDINÁRIO PRINCIPAL DO RECLAMADO. HORAS EXTRAS.

Verifica-se que o autor efetivamente desempenhou a função de gerente-geral das unidades em que trabalhou. Afinal, assume que não estava subordinado a qualquer membro, bem como fazia parte do comitê de crédito com outros dois gerentes. Portanto, aplicável a Tese Jurídica Prevalente nº 6 deste Tribunal ao caso concreto. O entendimento exposto na Súmula 287 do TST não tem efeito vinculante, motivo pelo qual pode ser afastado. Confirma-se a sentença quanto ao enquadramento do demandante na hipótese prevista no parágrafo 2º do artigo 224 da CLT. Apelo não provido. **RECURSO ORDINÁRIO ADESIVO DO RECLAMANTE. HORAS EXTRAS DECORRENTES DA PARTICIPAÇÃO EM CURSOS, TREINAMENTOS, EVENTOS E TELETRABALHO.** Do conjunto probatório produzido nos autos, tem-se tão somente provas acerca dos cursos realizados. Por outro lado, não há elementos probatórios no sentido de que estes eram realizados fora do horário de labor. A respeito dos demais eventos e teletrabalho, houve negativa do demandado, competindo ao reclamante o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito.

⁶ Art. 84. Poderá ser concedida licença ao servidor para acompanhar cônjuge ou companheiro que foi deslocado para outro ponto do território nacional, para o exterior ou para o exercício de mandato eletivo dos Poderes Executivo e Legislativo: § 1º - A licença será por prazo indeterminado e sem remuneração.

⁷ Conselho Superior da Justiça do Trabalho- CSJT.

Todavia, não houve qualquer prova nesse sentido. Nego provimento ao recurso.

(TRT-4 - RO: 00218504320155040004, Data de Julgamento: 05/09/2018, 3ª Turma)

Tem-se aqui um Recurso Ordinário Adesivo do Reclamante, que tramitou no Rio Grande do Sul, julgado pela 3ª Turma, pela qual não foi dado provimento ao pedido que pleiteava por remuneração de horas extraordinárias decorrentes de teletrabalho.

Ao tentar a procedência ao seu pedido, o reclamante alegou que o empregador solicitou que fosse instalado um aplicativo em seu smartphone particular, que esta dispõe de meios de controle das suas atividades, fazendo com que se perdesse a sua total autonomia advinda de seu cargo de gerente, ocorrendo a clara subordinação.

Em sua defesa, a reclamada alegou que não faz uso do sistema de teletrabalho, e que o aplicativo instalado no smartphone do empregado não é de uso exclusivo desta, podendo ser instalado por qualquer pessoa.

Ocorre que, o reclamante, ao solicitar que lhe fossem pagas as horas, extras decorrentes de teletrabalho, e ao reclamante negar que faz o uso dessa modalidade de trabalho, é de ônus de o empregado provar que estas eram realmente devidas, o qual não conseguiu fazer, e por isso, não lhe fora concedido o pagamento destas.

3 Considerações finais

O teletrabalho é um regime de contrato individual de trabalho inserido na Consolidação das Leis do Trabalho-CLT através da Reforma Trabalhista, advinda da Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017. Este regime é caracterizado pela execução da prestação de serviços em local diverso ao da sede da empresa, podendo ser realizado em qualquer lugar, desde que o empregado esteja conectado através de meios tecnológicos com seu empregador.

Por mais que a regulamentação deste só foi inserida através da Lei nº 13.467/2017, sua utilização já vem sendo feita há anos, pois apesar de não regulamentada pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, esta já permitia a execução deste tipo de trabalho.

O teletrabalho surgiu através da globalização. A modernização das relações pessoais, de comércio e de trabalho, foi se tornando mais comum a utilização deste novo regime que se inseria nas relações empregatícias. A intensa evolução tecnológica cada vez mais permitia e tornava necessária a flexibilização das formas de prestação de serviços. A modernização dos equipamentos tecnológicos foi um ponto fundamental para que se pudesse tornar possível a prestação do trabalho em local diverso ao da sede da empresa.

Com a sua evolução, foi permitindo-se que surgissem diversas modalidades de teletrabalho. As modalidades mais conhecidas e praticadas no âmbito laboral são a do teletrabalho em domicílio, onde o trabalhador presta seus serviços ao empregador, do local de sua residência; os telecentros, que são determinados locais destinados à essa atividade; o teletrabalho transnacional, onde os empregados estão localizados em países diversos, exercendo suas funções; e ainda, a forma nômade, que ocorre quando teletrabalhador não possui um local fixo para que sejam prestados os serviços.

Apesar de já mencionado anteriormente na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, em 2017 a chamada Reforma Trabalhista tratou de, além de outros temas, inserir um Capítulo específico para regulamentar o regime de teletrabalho, incluindo os artigos 75-A à 75-E no rol do Capítulo II-A.

Contudo, passou a preocupar-se com a real eficácia dessa nova legislação acerca da proteção do trabalhador, sobre quais seriam os efetivos reflexos e implicações na qualidade de vida do empregado que se utilizar dessa nova modalidade de trabalho.

O que se verifica é que mesmo sendo eficaz, a nova norma se faz incompleta, uma vez que deixa de tratar mais amplamente da forma em que

o teletrabalho deve ser executado, suas individualidades e aspectos. A legislação se faz vaga ao abrir lacunas que talvez deixem o trabalhador desprotegido em algumas situações, o que ocorre principalmente ao tratar-se da execução da jornada.

O teletrabalhador não faz jus ao pagamento de horas extraordinárias, uma vez que possui liberdade para realizar sua prestação de serviços da forma em que mais lhe convier. A preocupação principal se dá em relação ao controle das cobranças realizadas pelo empregador, em face deste não obedecer aos limites estabelecidos.

A solução que se traz para os pontos em que a legislação se fez omissa ou insuficiente, é de que os conflitos advindos disso, sejam resolvidos com base na orientação do artigo 8º da CLT, que determina o uso de jurisprudências, analogias, da equidade e de outros princípios e normas gerais de direito, preferencialmente advindos do direito do trabalho, além de costumes e do direito comparado.

Ao fazer a análise jurisprudencial referente à matéria estudada, pode-se perceber que atualmente, após a Reforma Trabalhista, já estão sendo julgados casos deste âmbito. A justiça tem mantido o trabalhador como parte mais vulnerável da relação empregatícia, priorizando sua proteção em relação aos seus principais direitos e garantias fundamentais, conforme estabelecidos na Constituição Federal.

Assim, o que se espera é que esta inovação tenha realmente, reflexos positivos nas novas relações de trabalho que se utilizarem do regime do teletrabalho, podendo fazer com que haja harmonia e coerência nas relações entre empregado e trabalhador, onde ambos possam cumprir seus objetivos e desejos da melhor maneira, sempre respeitando a ordem.

Referências

- ALMEIDA, Lucilde D'Ajuda Lyra de. **Trabalho em domicílio**: histórico e perspectivas: o teletrabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 71. N. 2, p. 63-93, maio/ago 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

BEZERRA, Pedrosa; NEVES, Guiomar, Marília. **A tutela do direito ao lazer nas relações de trabalho**: um direito fundamental social necessário. Disponível em: <http://con-teudojuridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.55880>. Acesso em 13 ago 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 abr. 2019.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Decreto-Lei nº 5.442, de 01 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm. Acesso em: 05 abr. 2019.

BRASIL. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/13467.htm. Acesso em: 05 abr. 2019.

BRITO, Yasmin. **Teletrabalho e suas implicações nas relações de trabalho**. Disponível em: <https://iasminbrito.jusbrasil.com.br/artigos/541014909/teletrabalho-e-suas-implicacoes-nas-relacoes-de-trabalho>. Acesso em: 28 abril 2018.

CASSANTE, Leal, Vida, Guilherme. **O Teletrabalho seu conceito e suas espécies**. Disponível em: <https://guisambareando.jusbrasil.com.br/artigos/254347246/o-teletrabalho-seu-conceito-e-suas-especies>. Acesso em: 27 abril 2018.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **O fenômeno do teletrabalho**: uma abordagem jurídica trabalhista. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_23083735_o_fenomeno_do_teletrabalho_uma_abordagem_juridica_trabalhista.aspx. Acesso em: 30 abril 2018.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **O teletrabalho**: importância, conceito e implicações jurídicas. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 3, n. 33. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/93895>. Acesso em 27 set 2018.

DUARTE, Gulate, Leonardo. **Teletrabalho**: um novo modelo de trabalho. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5352. Acesso em: 29 abr 2018.

ESPAÑA. **Acordo Marco Europeo sobre Teletrabajo**. Disponível em: <https://www.uned.ac.cr/viplan/images/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo.pdf>. Acesso em 03 nov 2018.

GARCIA, Barbosa, Filipe, Gustavo. **Teletrabalho carece de legislação para garantir o direito à desconexão**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-15/gustavo-garcia-teletrabalho-direito-desconexao>. Acesso em: 03 mai 2018.

GOMES, Munhoz, Allan. **Reforma Trabalhista – Teletrabalho** – Art. 75-A e seguintes da CLT. Disponível em: <https://allanmunhozgommes.jusbrasil.com.br/artigos/556832380/reforma-trabalhista-teletrabalho-art-75-a-e-seguintes-da-clt>. Acesso em: 30 abr 2018.

HERNANDEZ, Márcia Regina Pozelli. **Novas perspectivas das relações de trabalho**: o teletrabalho. São Paulo: LTr, 2011.

JUNIOR, Barreto, Francisco, Irineu; SILVA, Machado da, Josiane. **Teletrabalho e sociedade da informação**: modalidades e jornada de trabalho. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5662367.pdf>>. Acesso em 23 jun 2018.

KATIUSCA, Lilian. **Considerações essenciais acerca do teletrabalho**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reforma-trabalhista/consideracoes-essenciais-acerca-do-teletrabalho-05042018>>. Acesso em 30 jun 2018.

LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. Ed. São Paulo : Saraiva, 2019.

MARTINO, Vittorio Di. **High Road to Teleworking, in the to Teleworking**. OIT. 2001.

MARTINS, Pereira, Fernando, Ivo. **Teletrabalho após a Reforma Trabalhista**. Disponível em: <https://ivofpmartins.com.br/teletrabalho/>. Acesso em 13 jul 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24^a ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MELO, Sandro Nahmias. **Teletrabalho: Controle de Jornada e Direito à Desconexão**. São Paulo: Ltr, 2017.

MIZIARA, Raphael. **A reforma sem acabamento: incompletude e insuficiência da normatização do teletrabalho no Brasil**. Revista de Direito do Trabalho. vol. 189. ano 44. p. 61-80. São Paulo: Ed. RT, maio 2018.

NILES, Jack. **Fazendo do Teletrabalho uma Realidade**. Sorocaba, SP. Editora Futura. 1997.

PEDREIRA, Pinho. **O Teletrabalho**. Disponível em: http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_mai02004/convidados/convo1.doc. Acesso em: 30 jun 2018.

ROCHA, Cláudio Jannotti da. **Constitucionalismo, trabalho, seguridade social e as reformas trabalhistas e previdenciário**. São Paulo : Ltr, 2017

RODRIGUES, Poliani. **O teletrabalho e os impactos da reforma trabalhista**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64637/o-teletrabalho-e-os-impactos-da-reforma-trabalhista>. Acesso em: 29 abr 2018.

SILVA, José Felipe Rangel da. **O teletrabalho e o advento da reforma trabalhista**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 maio 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590673&seo=1>. Acesso em: 22 ago 2018.

SILVA, Silveira e, Frederico. **O Teletrabalho como novo meio de laborar e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 2, no 83, 2004. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/306/o-teletrabalho-como-novo-meio-laborar-compatibilidade-com-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 16 jun 2018.

TIMO, Desirée. **Reflexões sobre o teletrabalho no Brasil: antes e depois da Lei n. 13.467/2017**. Disponível em: <http://www.granadeiro.adv.br/destaque/2017/09/01/reflexoes-teletrabalho-no-brasil-da-lei-n-13-4672017>. Acesso em 28 jun 2018.

TRT-1. RECURSO ADMINISTRATIVO: 01000583220185010000 RJ. Relatora: Edith Maria Corrêa Tourinho. DJ: 15/03/2018. JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://trt-1.jus-brasil.com.br/jurisprudencia/636218223/recurso-administrativo->

1000583220185010000-tj/inteiro-teor-636218305?ref=juris-tabs. Acesso em: 24 out 2018.

TRT-2. RECURSO ORDINÁRIO: 10019642620165020242 SP. Relator: Jonas Santana de Brito. DJ: 14/06/2018. JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/590176824/10019642620165020242-sp/inteiro-teor-590176834?ref=serp>. Acesso em: 14 ago 2018.

TRT-3. RECURSO ORDINÁRIO: 00104553920175030060 MG. Relator: Cleber Lucio de Almeida. DJ: 08/02/2018. Disponível em: <https://asi.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=501>. Acesso em 25 out 2018.

TRT-4. RECURSO ORDINÁRIO: 00218504320155040004 RS. Relator: Alexandre Correa da Cruz. DJ: 05/09/2018. JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631882356/recurso-ordinario-ro-218504320155040004/inteiro-teor-631882365?ref=juris-tabs>. Acesso em 25 out 2018.

TST. RECURSO DE REVISTA: 103775520175030186. Relator: Alexandre Agra Belmonte. DJ: 17/10/2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/10/art20181025-04.pdf>. Acesso em 25 out 2018.

TUPINAMBÁ, Carolina; GOMES, Rodrigues, Fábio (Coord.). **A Reforma Trabalhista: o impacto nas relações de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

VAZ, Machado, Valquíria. **O direito à limitação da jornada laboral no teletrabalho**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48946/o-direito-a-limitacao-da-jornada-laboral-no-teletrabalho>. Acesso em 13 ago 2018.

WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho: uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: LTr, 2005.

Sobre o colonialismo intelectual em Fals Borda: para uma educação crítica do/no direito

*Jorge Alberto de Macedo Acosta Júnior*¹

*Norberto Milton Paiva Knebel*²

1 Introdução

Este artigo busca demonstrar a partir do pensamento de Orlando Fals Borda uma metodologia para uma educação conscientizadora e crítica do Direito e no Direito. A realidade do ensino jurídico consiste em um saber proveniente de epistemologias eurocêntricas e calcadas em interesse de classe, por isso, indaga-se por um método de pesquisa e reflexão sobre o Direito e na prática do Direito que seja comprometido com interesses orgânicos à população.

Fals Borda é um sociólogo nascido em Barranquilla - Colômbia - no ano de 1925 e reconhecido internacionalmente pela comunidade científica. Faleceu em agosto de 2008 aos 83 anos de idade (CATAÑO, 2008, p. 550). O marco teórico produzido por ele é trazido ao texto por meio de uma revisão bibliográfica sistemática que assenta os fundamentos de sua sociologia do conhecimento na noção de colonialismo intelectual e chega ao método proposto da pesquisa-ação participante, para assim ser medida ao lado do ensino jurídico crítico e da sociologia crítica do Direito - tendo em

¹ Mestre em Direito (Direito e Sociedade) pela Universidade La Salle. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Teorias Sociais do Direito.

² Doutorando em Direito (Direitos Humanos) pela Unijuí.

vista que o pensamento de Fals Borda não chegou, propriamente, ao saber jurídico.

A crítica exposta pelo autor aos fundamentos positivistas, eurocêntricos e imperialistas da sociologia tradicional e da pedagogia serve de inspiração para induzir uma crítica derivada a dita “ciência” do Direito associada ao positivismo jurídico e aos seus sentidos comuns teóricos. Assim, é preciso responder se “enquanto crítica ao colonialismo intelectual, o pensamento de Fals Borda institui método adequado ao pensamento crítico ao/do Direito?”.

Para isso, ao utilizar a técnica da revisão bibliográfica sistemática, a abordagem ao problema de pesquisa é indutiva, tendo por objetivo conceber após a delimitação da literatura do pensamento sobre a colonialidade intelectual e o método de investigação proposto de Fals Borda uma perspectiva para a crítica ao/do Direito. Portanto, a hipótese a ser levantada para guiar o texto é da conciliação teórica entre a sociologia comprometida de Fals Borda com a educação crítica do Direito.

2 Colonialismo intelectual e educação conscientizadora

A importância do pensamento crítico em Fals Borda remonta a publicação de *Ciencia propia y colonialismo intelectual* em 1970 (1971 – 2.ed., 1987 – 3.ed.), no segundo capítulo da segunda edição (1971), ao se perguntar sobre a possibilidade da *sociologia da libertação* dispõe sobre a via da *ação, ciência e cultura* para a formação de uma *nova* ciência rebelde e subversiva. Esta ciência, comprometida com a reconstrução social, têm em seu método científico ferramentas para descrever, analisar e aplicar o conhecimento no intuito de transformar a sociedade, na medida que a estrutura de poder e de classe conduzem a luta pela satisfação das necessidades do Povo (FALS BORDA, 1971, p. 22-25).

O pensamento de Fals Borda é marcado pela imbricação entre uma sociologia científica, marcada pelo rigor técnico com uma sociologia comprometida pelas tensões políticas e as forças sociais que a nutrem, havendo

um caminho percorrido do trabalho técnico ao mais aplicado aos problemas sociais - que o faria a chegar na superação do pesquisador como mediador dos problemas de pesquisa e experiências, mas um participante interessado. Assim, podemos evidenciar a história sistematizada do pensamento do autor em três momentos interrelacionados: (I) da sociologia científica; (II) da sociologia comprometida e (II) da pesquisa-ação (CATAÑO, 2008).

Ao abordar a problemática da condição geopolítica do conhecimento, Orlando Fals Borda cita a obra do engenheiro argentino Óscar Varsavsky, *Ciencia, política y científicismo*: “la misión del científico rebelde - dice - es estudiar con toda seriedad y usando todas las armas de la ciencia los problemas del cambio de sistema social, en todas sus etapas y en todos sus aspectos, teóricos y prácticos. Esto es, hacer ciencia politizada” (FALS BORDA, 1971, p. 24-25). A partir desta afirmação, o sociólogo colombiano avança na compreensão da dinâmica do *adestramento* de sociólogos e outros cientistas sociais na América Latina, tornando visível o problema *ideológico* de orientação na *política científica* que implica em fechar, ou não, as portas da criatividade e originalidade do pesquisador. Em outras palavras, a reflexão traz no seu cerne a questão da aceitação por parte dos sociólogos latino-americanos da premissa geral em que as concepções científicas estão inevitavelmente condicionadas pela sociedade. De outra maneira, o pesquisador está limitado em buscar “ordens” e “funções”, fazendo-o ignorar assimetrias teóricas, incongruências do seu entorno e, por consequência, desarticulação da estratégia pedagógica liberadora (FALS BORDA, 1971, p. 27).

Diante da lógica de adestramento científico de orientação dos teóricos do Norte global, Orlando Fals Borda assinala uma nova dimensão de objetividade científica. Objetividade que se comprometa e derive de situações reais de conflitualidade e desajustes constantes da realidade social, em que se direcione *estudo e ação* combinados para atuar contra as circunstâncias de dependência e exploração e suas consequências degradantes e opressivas. Sob este viés, a pobreza, a falta de participação social e econômica do

nosso povo é alienação e mantida sob mistificação da cultura de imitação operacional, teórica e pedagógica (FALS BORDA, 1971, p. 25).

Orientar-se para a construção de uma ciência própria em contraposição ao colonialismo intelectual permite abrir duas portas de ações complementares: (i) modificação das ideologias, dos marcos de referência da pesquisa e formas de pensar no sentido de refletir sobre a necessidade de entender a revolução, o conflito e a transformação social, no próprio país quanto no estrangeiro; (ii) o estabelecimento de escolas para graduados nas nações em desenvolvimento, as quais projetam-se para a construção autônoma de métodos e filosofias científicas para o manejar dos problemas sociais, por sua vez, transmitindo atitudes novas e dignas para a realidade nacional (FALS BORDA, 1971, p. 28).

Aprofundando ainda mais as linhas de ação complementares, Orlando Fals Borda cria modelos de dissidência científica nos espaços de pesquisa nacional e continental. Ao demonstrar sua posição contra o modelo de “compra”/importação de teorias e metodologias para a América Latina, o pesquisador colombiano aposta na responsabilização, produção e autodeterminação intelectual. A capacidade crítica, originalidade e criatividade como processo de libertação do pensamento dependente e colonizado, aos pesquisadores sobressai a provocação do e no cotidiano em desfavor do modelo imitativo do senso comum teórico acadêmico (MARTÍNEZ, 2018, p. 112).

A orientação político-científica de Fals Borda para os estudantes latino-americanos assevera um árduo caminho para contribuir com a ciência e ao progresso da sociedade. Além de constância e disciplina, é preciso aprender a manejar as técnicas dos países avançados e, ao mesmo tempo, possuir engenhosidade, sentido comum e seriedade, habilitar-se em adotar, inovar e desenvolver capacidade de combinar pensamento e ação (FALS BORDA, 1971, p. 29).

Ciência politizada requer a assunção de um compromisso intelectual que diminua o servilismo e o colonialismo intelectual vivido com os países

em desenvolvimento. Para a reorganização das universidades têm-se a objetividade científica de que formamos parte do povo latino-americano e para ele a “sociologia da libertação” abre novas perspectivas do conhecer regional, principalmente quando autonomia e crise revelam novos sentidos nestas terras e territórios. Nas palavras comprometidas de Orlando Fals Borda (1971, p. 31):

En la fase actual de crisis y de transición hacia una nueva forma de vida económica, social y política, los países de América Latina necesitan de la colaboración crítica de los especialistas en ciencias sociales, en los diversos procesos históricos de transformación social. Por esto, no anhelamos regalías académicas ni privilegios sociales, sino el derecho de ejercer nuestras actividades de enseñanza y de investigación con plena identificación con los intereses y angustias de nuestro pueblo. Queremos y exigimos la existencia normal de condiciones de trabajo que permitan convertir las ciencias sociales, en nuestros países, en un instrumento de conciencia crítica, en factor de autonomía cultural y política y en un medio de lucha contra la miseria y las desigualdades sociales. Nuestro objetivo más amplio consiste en poner las ciencias sociales al servicio de los derechos fundamentales del hombre y de la creación de formas auténticas de democracia económica, social y política.

O comprometimento é essencial no pensamento de Fals Borda, que tem profunda relação com a noção de práxis e subversão. Compreendendo o papel do cientista social como ser no/do mundo, fazendo parte da totalidade social, é um engajamento que indica uma construção social do conhecimento, tendo em vista a relação assimétrica e desigual que se tem com o conhecimento - feito longe da realidade e dos interesses locais do Sul global. É, dessa forma, uma subversão ao saber hegemônico, enquanto nova ciência a partir de formas colaborativas e participativas. Tal qual definem Bringel e Maldonado (2016, p. 400):

Esse compromisso partiria de um engajamento vital, pois o cientista não é um ser a-histórico ou a-social, livre de condicionamentos, ele é “ser-no-mundo” e “ser-do-mundo”, ou seja, está inserido e faz parte de uma totalidade. Por isso, esse engajamento funda-se numa crítica radical ao sistema dominante e na necessidade de superá-lo, não apenas numa necessidade de descrever o mundo e

reafirmar a cisão entre sujeito e objeto que o paradigma cientificista nos legou. Embora haja certa fundamentação moral desta concepção de compromisso, o mais inovadora proposta “alternativa” de Fals Borda sobre a práxis está no fato de que em sua perspectiva a prática assume um papel determinante associado aos contextos locais e regionais aos saberes. Sem desprestigiar a teoria, realiza uma guinada epistemológica, mediada pela centralidade do método, para considerar as massas trabalhadoras, os povos indígenas, e as comunidades camponesas e afro-americanas como produtoras de conhecimento. Esta perspectiva cognitiva da práxis não está baseada em espaços de privilégio, mas em uma visão dialógica e de totalidade na qual os saberes e conhecimentos populares são contrastados e conectados ao conhecimento científico-acadêmico através de uma série de dispositivos metodológicos dialógicos.

O legado concreto do pensamento de Fals Borda é de uma crítica radical ao pensamento não comprometido e a ciência alheia às condições de vida do Sul global - que, em consequência, também são as condições da ciência. Viver em colonialidade intelectual é jamais propor formas alternativas de ciência, pois a alienação feita pela proposição falsamente universais do universalismo europeu esvazia as possibilidades de um salto qualitativo para além do capitalismo e sua ordem sociometabólica. Esse é um grande desafio para a sociedade capitalista que cria tantas formas de fetichismos sociais capaz de esconder a condição proletária (ALVES; SELEGRIN, 2011) - como a neutralidade da ciência.

A educação popular e crítica é a constante insatisfação com os modelos clássicos de investigação, pode ser a articulação comunitária entre a teoria e a prática em nome da solução de problemas que são realmente dignos do estrato social. Em suma, é a capacidade de expor os próprios problemas e reivindicar o envolvimento nas tomadas de decisão (TOLEDO; JACOBI, 2013). E analisando-o dentro de uma perspectiva da geopolítica e da economia política, é uma séria crítica a condição periférica do Sul global ao reconhecer essa condição e propor uma educação dialógica, intercultural, conscientizadora e pesquisadora (MOTA NETO, 2015).

A ciência social em Fals Borda é a proposta de ser nova ciência, mais completa, revogando pautas e métodos que se julgavam neutros para propor métodos comprometidos. O dispositivo metodológico da pesquisa-

ação viria a ser a operacionalização de suas ideias, sendo a sociologia comprometida da práxis, em que é preciso tentar aproximá-la do Direito com intuito de superar seus métodos conservadores e miseráveis.

3 Colonialismo intelectual e ciência do direito

Inicialmente pretendemos levantar considerações acerca da mudança de paradigmas científicos que circundam as ciências humanas e sociais, levando em consideração novos horizontes da produção de conhecimento que se apresenta no século XXI. Com a falta de respostas às necessidades e inquietudes do desenvolvimento do que se convencionou chamar de modernidade, diversas formas de saber e racionalidades dominantes se vêem insustentáveis. Os modelos culturais, instrumentais, normativos que fundamentam o modo da vida, a organização social e os critérios de cientificidade tornaram-se insuficientes, insatisfatórios e limitados.

A partir dos paradigmas desenvolvidos até então, é possível notar a construção de um ethos específico que se destaca pelo racionalismo liberal, idealismo individualista e o formalismo positivista, dando forma ao modelo cultural tradicional do Direito. A moderna cultura liberal-burguesa estrutura o saber jurídico em dois paradigmas hegemônicos, a saber, o racionalismo metafísico-natural (jusnaturalismo) e o racionalismo lógico-instrumental (positivismo jurídico) (WOLKMER, 2017, p. 19-21) .

Alternativamente, apresentamos a possibilidade de reconstrução do conhecer jurídico, apontando-o para a renovação das práticas sociais, formas de enunciação e legitimação que vem sendo e são acometidas pelos processos de dominação, dependência e exclusão da neoliberalização global. Desta maneira, quer-se pôr em evidência a construção de uma cultura político-jurídica marcada pelo pluralismo, aberta às experiências insurgentes capazes de construir novos conceitos, categorias, representações e/ou instituições sociais (WOLKMER, 2017, p. 220-221).

Neste passo, avança-se tanto para a Política quanto para o Direito nas sociedades que lutam por assinalarem suas próprias identidades, bem

como, intentam consolidar sua auto-determinação contra pressões colonizadoras e imperiais do padrão mundial de poder. Nesta linha, a Teoria Constitucionalista da América Latina vem instruindo-se por saberes sociojurídicos que problematizam as práticas oficializadas de manutenção da cultura jurídica monista centralizadora de caráter estatal³.

Desde o século XIX a expansão do Direito perfaz-se por meio da doutrina político-jurídica do Constitucionalismo liberal e colonizador, de forte viés elitista e segregador. Veja-se o processo de descolonização das colônias que, mesmo após livres do poder absolutista das metrópoles, recaiam sob as condições político-institucionalizadas que favoreciam as minorias brancas e proprietárias. Materializou-se o modelo de desenvolvimento do capitalismo periférico e o perfil ideológico do Constitucionalismo ocidental importado, estruturador dos valores das elites locais. Ao mesmo tempo, excluía-se nações indígenas, comunidades afro-americanas e a massa campesina agrária por meio do modelo colonizador pós-independência.

O constitucionalismo colonizador implementado pelas constituições liberais e excludentes impediu a emergência dos legítimos ancestrais locais durante o século XX. Na mesma medida, o reconhecimento da importância do meio ambiente, biodiversidade e de políticas de conservação e proteção de bens comuns foi tardiamente reconhecido. Em contraste com o ímpeto colonizador, o Constitucionalismo Pluralista, surgido nos países latino-americanos, rompe teoricamente com a tradição político-jurídica liberal, individualista de matriz eurocêntrica. Conjuntamente com estas novas constituições (Equador e Bolívia) emerge uma cosmovisão alternativa, indígena e de reformulação das instituições políticas e sociais, no sentido de reconhecimento das culturas originárias e de identidades negadas de sua própria história (WOLKMER; WOLKMER, 2015, p. 34-36).

A descolonização do Direito passa pela necessária discussão do horizonte estatal e as condições sustentadas por este, rompendo com sua

³ Conforme destacado por Antonio Carlos Wolkmer no Congresso Internacional Sociologia e Teoria do Direito e da Política na Università Degli Studi di Salerno durante setembro de 2017, em sua aula: *Pluralismo y teoría social del derecho desde una mirada latinoamericana*.

matriz colonial e eurocêntrica. Tal redefinição aponta a necessidade de validar novas epistemes para a Teoria Social do Direito dentro do marco do Constitucionalismo Pluralista, principalmente os saberes que adotam um posicionamento político de auto-determinação em relação ao Estado e fora das instâncias partidárias e institucionais. Deste modo, pretendemos relacionar a observação sociológica dos sistemas jurídicos com a matriz de poder colonial, seguindo, por sua vez, a reflexão quanto às juridicidades insurgentes dentro do paradigma do Constitucionalismo Pluralista contra a tendência de exclusão e desconstitucionalização da vida (WOLKMER; WOLKMER, 2015, p. 39-41).

O processo que resulta na consolidação das forças de produção capitalistas e no modo de vida liberal determinou-se como forma natural de vida social, de modo a implantar os valores da sociedade liberal moderna. Tal naturalização das relações sociais se estende sob a eficácia do pensamento científico moderno, conseqüentemente a própria constituição das disciplinas das ciências sociais se vê dentro de uma visão de mundo que fornece os pressupostos construtores do conhecimento, dimensionando o sujeito colonizado intelectualmente, como visto na primeira parte do texto.

Segundo Edgardo Lander (2015, p. 13) o eixo articulador desta visão de mundo é a ideia de modernidade que, por sua vez, fornece quatro dimensões, a saber: (1) visão universal histórica que se associa à ideia de progresso, em que se inscreve a classificação e a hierarquização dos povos, continentes e as próprias experiências históricas; (2) relações sociais e a “natureza humana” naturalizadas nos termos da sociedade liberal-capitalista; (3) ontologização ou naturalização das múltiplas separações próprias da sociedade liberal-capitalista; (4) a superioridade dos conhecimentos que essa sociedade produz (“ciência”) em detrimento de todos os outros conhecimentos.

Levando em consideração a sedimentação histórica da Sociologia do Direito no Brasil inscreve-se hegemonicamente na disciplina o mimetismo “acrítico”. As conseqüências desta tendência acrítica podem ser vistas tanto na impossibilidade de observação dos processos coloniais, como também viabilizando processos de colonização epistemológica. Estes

“transplantes jurídicos” via teoria social imperial da cultura etnocêntrica norte-americana e europeia inserem-se no âmbito acadêmico, consolidando o servilismo a “determinados autores” distanciados do cotidiano da realidade social (WOLKMER, 2017, p. 27). Estes fatores densificam ainda mais a cultura político-jurídica liberal, de modo, inclusive, a desprezar o conhecimento produzido no Sul Global.

É por isso que a ontologização da cultura liberal precisa ser exposta e respondida localmente, para daí surgir uma redefinição da cidadania e da democracia – radical – voltada para a descolonização da modernidade capitalista colonial Estado-centrada. Por isso, o pensamento crítico remonta não só a pluralidade, mas também o comum como ponto de gravidade para a força articuladora dos processos de reconstrução social.

4 Método e a função crítica da teoria e sociologia do direito

Foi em Orlando Fals Borda (2012) que encontramos o destacado conceito de *investigación-acción participante* (IAP) na ciência social colombiana, que busca compreender a situação histórica e social dos grupos trabalhadores, camponeses e indígenas, esse marco investigativo e posicionamento político investigativo pode ser adotado nas pesquisas brasileiras. Como uma união do saber científico cartesiano e o saber popular/folclórico.

Antes, cabe salientar que o conceito de pesquisa participante não possui origem ou única referência em Fals Borda, por exemplo, em estudos de Paulo Freire (1987) na “pedagogia do oprimido”. Nessa pedagogia crítica o autor sugere que os opressores se mantêm por meio de uma teoria antidialógica – uma ação cultural que invade a cultura dos oprimidos. E é na síntese de sua própria cultura que o oprimido como liderança revolucionária poderá instaurar uma educação dialógica, assim, libertando a classe oprimida da ideologia opressora.

Essa afirmação de que a classe oprimida também precisa constituir teoria própria para enfrentar a ideologia opressora, possui amparo evidente no conceito de “intelectual orgânico” de Antonio Gramsci (1982), no

qual cada classe social possui intelectuais ligados à própria classe, apontando a necessidade de a classe trabalhadora constituir os seus. E isso passa diretamente pela formação de saber e pesquisa pela classe.

Portanto, a prática do conhecimento pela classe popular no âmbito da América Latina tem se provado como a criação de “outro conhecimento” - na educação verifica-se o estudo de Moretti e Adams (2011), novo ao saber eurocêntrico, uma prática descolonizadora, como já apregoava o mexicano Stavenhagen em 1971. O saber não europeu foi alvo de pesquisa de Boaventura de Souza Santos (2010), onde as epistemologias do Sul global servem a confrontar a monocultura da ciência moderna, por meio de uma “ecologia de saberes” - é a heterogeneidade do conhecimento de origem plural.

Mesmo tendo claro alinhamento com diversas formas do saber, é um equívoco apontar que a pesquisa participante da América Latina se opõe à ciência e a objetividade, pois busca desmistificar a visão de separação bilateral de sujeito e objeto, o que busca é justamente uma elevação da ciência, uma ascensão da objetividade científica ao status da realidade concreta, é como Oliveira e Oliveira (1999, p. 26) definem:

O conceito mesmo de objetividade e rigor científicos devem ser redefinidos e aperfeiçoados. Diante de uma realidade marcada por relações de dominação e de privilégio entre pessoas e grupos sociais, objetividade não pode mais ser sinônimo de descomprometimento e de imparcialidade, sob pena de se transformar em cinismo e insensibilidade. **Diante da oposição entre dominantes e dominados, ser objetivo significa reconhecer e analisar este enfrentamento inscrito na realidade e colocar-se a serviço da superação das estruturas que mantêm ou reforçam o autoritarismo e a desigualdade.**
(GRIFO NOSSO)

No sentido de investigar essa realidade para transformá-la, ou como faz Fals Borda (2009, p. 253): “*combinar precisamente lo vivencial con lo racional en estos procesos de cambio radical*”, expõe-se a *investigación-acción participante* como método para pesquisas que contemplem tais necessidades. Fals Borda institui seis princípios metodológicos para a

execução da pesquisa ação participativa: (I) autenticidade e compromisso; (II) Antidogmatismo; (III) Restituição sistemática; (IV) Feedback para os intelectuais orgânicos; (V) ritmo e equilíbrio de ação-reflexão; (VI) ciência modesta e técnicas dialogais.

Na proposta (I) é encarado como necessário o compromisso do pesquisador com a causa, não sendo o pesquisador um disfarçado em meio aos lutadores populares, mas sim elemento contribuinte em sua própria disciplina. Ou seja, um sociólogo em campo dentro de uma ocupação urbana ainda será um sociólogo, isso não afasta o comprometimento com a causa.

O antidogmatismo (II) é a prática que evita o colonialismo intelectual – de direita ou de esquerda – onde devemos evitar a passagem de conhecimento da forma paternalista tradicional para as massas proletárias. Onde é possível conectar diretamente com o princípio (III), na análise da alienação sofrida pela classe proletária, mas sem deixar de encarar os pontos positivos ou negativos de sua cultura. Por isso, a proposta desalienadora que institui novo conhecimento em nível popular nada mais é que uma restituição sistemática.

Nesse princípio Fals Borda adota quatro regras específicas: a) Comunicação diferencial – a forma que apresenta os resultados da pesquisa deve ser divulgada de diversas formas, tanto em materiais de cunho prático como as publicações acadêmicas; b) Simplicidade da comunicação: os resultados da pesquisa devem ser apresentados de forma acessível a todos; c) auto-investigação e controle – é a incorporação do cientista no meio do trabalho, incentivando a participação dos atores envolvidos, integrando os interesses dos movimentos sociais e organizações em luta popular ao pesquisador⁴, fazendo com que esse não tenha necessidades científicas pré-estabelecidas,

⁴ Como assevera Brandão (2006) sobre a forma ativa que devem agir os atores sociais: Assim, a pesquisa participante apresenta-se como uma alternativa de “ação participante” em pelo menos duas dimensões. A primeira: agentes sociais populares são considerados mais do que apenas beneficiários passivos dos efeitos diretos e indiretos da pesquisa e da promoção social dela decorrente ou a ela associada. Homens e mulheres de comunidades populares são vistos como sujeitos cuja presença ativa e crítica atribui sentido à pesquisa participante. Ou seja, uma pesquisa é “participante” não porque atores sociais populares participam como coadjuvantes dela, mas sim porque ela se projeta, porque realiza desdobres através da participação ativa e crescente desses atores. A segunda: em outra direção, a própria investigação deve estar integrada em trajetórias de organização popular e, assim, ela deve participar de amplos processos de ação social de uma crescente e irreversível vocação popular.

mas adapta seu objeto em conformidade com os interesses dos interessados; d) popularização técnica – a formação das camadas populares, favorecendo o princípio da restituição sistemática ao possibilitar a criação de pesquisas realizadas pelos próprios atores populares da transformação. Como Fals Borda (1999) aponta: “tem sido possível substituir os heróis da cultura burguesa dominante por heróis que pertençam à luta popular”.

O princípio (IV) é a relação dialética entre as bases das lutas populares e os intelectuais engajados, prática reforçada pelo trabalho em campo, no contato entre os grupos de base e seus problemas (2009). Onde os agentes desse processo, inclusive os camponeses e operários conscientes dessas práticas poderão também se estabelecer como intelectuais orgânicos (minoría orgânica), conforme Fals Borda (1999): “suas fontes de estímulo e know-how são simultaneamente populares, folclóricas e científicas”.

No princípio (V) verificamos uma responsabilidade do pesquisador quanto a articulação do “conhecimento concreto e com o conhecimento geral, o regional com o nacional, a formação social com o modo de produção, e, vice-versa, observar no campo as aplicações concretas dos princípios, diretrizes e tarefas” (1999), ou seja, é o equilíbrio entre as práticas, a coerência intelectual de um trabalho que não possui apenas uma frente, mas nivelada pela própria luta populares e suas necessidades.

A ciência modesta e as técnicas dialogais formam o princípio (VI) da IAP, no qual a modéstia da ciência integrada aos níveis populares deve dialogar com a necessidade das lutas populares ao passo de promover a ciência popular, mas ainda ciência⁵. Ainda que é no campo do marxismo –

⁵ Como afirma Fals Borda (1999) “Podem-se resumir em duas ideias as condições mínimas para o desenvolvimento desse ritmo e equilíbrio as condições mínimas para o desenvolvimento desse ritmo e equilíbrio e para o feedback cultural das bases para a minoria orgânica. 1. A de que a tarefa científica pode ser realizada mesmo nas situações mais insatisfatórias e primitivas com o uso dos recursos locais, e de que, na verdade, a modéstia no manuseio do aparelho científico e nas concepções técnicas é a principal maneira de se realizar as tarefas necessárias no nível atual de desenvolvimento na maioria dos locais. Isto não significa que, devido a sua modéstia, este tipo de esforço científico seja de segunda classe ou de que lhe falte ambição.

2. A de que o pesquisador deveria: (a) abandonar a tradicional arrogância do erudito, aprender a ouvir discursos concebidos em diferentes sintaxes culturais, e adotar a humildade dos que realmente querem aprender e descobrir; (b) romper com a assimetria das relações sociais geralmente impostas entre o entrevistador e o entrevistado; e (c) incorporar as pessoas das bases sociais como indivíduos ativos e pensantes nos esforços de pesquisa.”

após passarmos pelo historicismo e o positivismo – onde está o modelo de objetividade de uma sociologia crítica do conhecimento (LOWY, 1991).

A IAP pode servir a uma ciência deslocada da centralidade universitária e acadêmica, para suscitar nas estruturantes existentes no campo jurídico uma crítica ao Direito e a si mesmo, é a elaboração de um Direito insurgente - associado aos movimentos populares pela forma da assessoria popular (PAZELLO, 2016) e, até mesmo, para além dela, gerando autonomia às comunidades para gerir investigações no e sobre o Direito, reivindicações jurídicas e a produção de normatividade.

Dessa forma, o método da IAP é um recurso que respeita pressupostas de uma crítica epistemológica ao colonialismo intelectual, os princípios sistematizados aplicados a investigação no Direito não precisam ficar reféns de pressupostos da ciência clássica, mas estar atenta ao concreto marco teórico descolonial que sustenta e constitui a pesquisa-ação como forma de ser pesquisador (PERUZZO, 2017). O método é a operacionalização de uma nova epistemologia:

A potencialidade da pesquisa participante está precisamente no seu deslocamento proposital das universidades para o campo concreto da realidade. Este tipo de pesquisa modifica basicamente a estrutura acadêmica clássica na medida em que reduz as diferenças entre objeto e sujeito do estudo. Ela induz os eruditos a descer das torres de marfim e a se sujeitarem ao juízo das comunidades em que vivem e trabalham, em vez de fazerem avaliações de doutores e catedráticos. (FALS BORDA, 1990, p. 60)

5 Considerações finais

O artigo buscou induzir do pensamento de Orlando Fals borda um instrumento para crítica do colonialismo intelectual no campo do Direito, dessa forma, trouxe a revisão bibliográfica sobre o colonialismo intelectual, a possibilidade de uma educação crítica e a metodologia da pesquisa-ação participante. Concluindo pelo método proposto por Fals Borda como uma maneira para exercer na teoria e na sociologia do Direito uma crítica ao/do Direito.

A necessidade de tal proposta só é reforçada pelo contexto de colonialidade dentro do saber jurídico, refém de teorias e métodos eurocêntricos e imperialistas, incapazes de refletir sobre os problemas locais do Sul global e insensíveis às questões étnicas e populares. A crítica ao colonialismo intelectual é capaz de propor novos agentes de investigação, em que o poder local e popular surge como principal ator da transformação da sociedade e da crítica teórica. Contesta o afastamento social, político e econômico entre Universidade/ Academia e a população.

A pesquisa sob a IAP assume a posição autêntica aos problemas locais e compromissada com as causas sociais, tem uma posição definida contra o dogmatismo da ciência tradicional, adota modelos de linguagem acessíveis e auto-produzidos, reconhece o papel do intelectual orgânico em cada comunidade, respeita o ritmo e o equilíbrio das necessidades locais e, também, é uma ciência modesta que estabelece uma relação de igualdade entre pares em técnicas dialogais.

A conclusão retirada dessas reflexões é que o pensamento de Fals Borda constitui um relevante marco teórico para repensar a teoria e a sociologia do Direito, em nome de métodos que contemplem participação popular - em sentido amplo, tanto da ascensão de novos pesquisadores como da reflexão sobre problemas dignos das localidades do Sul global, invisíveis aos olhos do Direito dogmático e estadocêntrico.

Referências

- BRANDÃO, C. R. A pesquisa participante e a participação da pesquisa: um olhar entre tempos e espaços a partir da América Latina: In: Brandão, C. R.; Streck, D. R. (organizadores). *Pesquisa Participante: a partilha do saber*. 1 ed. Aparecida/SP: Ideias e Letras, 2006.
- BRINGEL, Breno; MALDONADO, E. Emiliano. Pensamento crítico latino-americano e pesquisa militante em Orlando Fals Borda: práxis, subversão e libertação. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 13, p. 389-413, 2016.

- CATAÑO, Gonzalo. Orlando Fals Borda, sociólogo del compromiso. *espacio abierto*, v. 17, n. 4, p. 549-567, 2008.
- FALS BORDA, Orlando. Aspectos teóricos da pesquisa participante: considerações sobre o significado e o papel da ciência na participação popular. In: BRANDÃO, C.R. Pesquisa Participante. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- FALS BORDA, Orlando. Ciencia, compromiso y cambio social. Textos de Orlando Fals Borda. 1. ed. Buenos Aires: El Colectivo - Lanzas y Letras - Extension Livros, 2012.
- FALS BORDA, Orlando. *Ciencia propia y colonialismo intelectual*. 2. ed. Bogotá: Editorial Oveja Negra, 1971.
- FALS BORDA, Orlando. *Una sociología sentipensante para América Latina*. 1. ed. Buenos Aires: Clacso, 2009.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- GRAMSCI, Antonio. *Os intelectuais e a organização da cultura*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.
- LANDER, Edgardo. Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Setembro, 2015.
- MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo; FAGUNDES, Lucas Machado. *Introdução ao pensamento jurídico crítico desde a filosofia da liberdade*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.
- MORETTI, Cheron. ADAMS, Telmo. Pesquisa Participativa e Educação Popular: epistemologias do sul. *Educ. Real. Porto Alegre*, v. 36, n. 2, p. 447-463, 2011.
- MOTA NETO, João Colares da. *Educação popular e pensamento decolonial latino-americano em Paulo Freire e Orlando Fals Borda*. 2015. 368 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências da Educação, Belém, 2015.
- NETO, João Colares da Mota. Paulo Freire e Orlando Fals Borda na genealogia da pedagogia decolonial latino-americana. *Folios*, n. 48, pp. 3-13, 2018.

- OLIVEIRA, R. D.; OLIVEIRA, M.D. Pesquisa social e ação educativa. In: BRANDÃO, C.R. *Pesquisa Participante*. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- PAZELLO, Ricardo Prestes. A práxis da assessoria jurídica popular como vetor para o estudo da relação entre Direito e movimentos populares: ensaio sobre o Direito insurgente. *Caderno Eletrônico de Ciências Sociais*, v. 4, n. 2, p. 94-117, 2016.
- PERUZZO, Círcia M. Krohling. Pressupostos epistemológicos e metodológicos da pesquisa participativa: da observação participante à pesquisa-ação. *Estudios sobre las culturas contemporáneas*, v. 23, n. 3, p. 161-190, 2017.
- SANTOS, Boaventura. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. In: SANTOS, Boaventura; MENESES, M. P. *Epistemologias do Sul*. 1. ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- SELEGRIN, Esdras Fred Rodrigues; ALVES, Giovanni Antonio Pinto. A condição de proletariado: esboço de uma analítica existencial da classe do proletariado. *Revista Mediações*, p. 71-90, 2011.
- STAVENHAGEN, R. *Decolonizing applied Social Sciences*. Human organization, v. 30, n. 4, p. 333-357, 1971.
- TOLEDO, Renata Ferraz de; JACOBI, Pedro Roberto. Pesquisa-ação e educação: compartilhando princípios na construção de conhecimentos e no fortalecimento comunitário para o enfrentamento de problemas. *Educação & Sociedade*, v. 34, n. 122, p. 155-173, 2013.
- WOLKMER, Antonio Carlos. Para uma sociologia jurídica no Brasil: desde uma perspectiva crítica e descolonial. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, vol. 4, n. 3, pp. 17-38, 2017.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Teoría crítica del derecho desde américa latina*. México: Akal, 2017.
- WOLKMER, Antonio Carlos; WOLKMER, Maria de Fátima S. Pluralismo jurídico y constitucionalismo emancipador desde el Sur. In: SANTOS, Boa ventura de Sousa; CUNHA, Teresa (eds.) *Colóquio internacional epistemologias do Sul: apredizagens globais Sul-Sul, Sul-Norte e Norte-Sul*. Vol. 2: constitucionalismo transformador, interculturalidade e reforma do Estado. Junho-Julho, 2015, pp. 31-49.

Violência sexual infantojuvenil no Brasil e os mecanismos legais como forma de proteção a infância

*Rayanna Soares dos Santos*¹

*Ester Eliana Hauser*²

Introdução

O presente trabalho aborda temáticas relevantes, que tratam o problema da violência sexual, o conceito de exploração sexual, questões de gênero e cultura do estupro, bem como o aspecto da vitimização primária e secundária. Contudo, o intuito é de demonstrar o problema, como também às formas de combate a essa ação delitativa do sujeito, contribuindo com o aprimoramento dos mecanismos jurídicos, assegurando a igualdade de direitos e a efetivação da justiça, para que com a denúncia se providencie a aplicação das medidas cabíveis, amparadas pela lei e que deste modo haja uma diminuição da ocorrência desses casos.

Em suma, a partir da análise dos diversos tópicos supracitados, desenvolvidos posteriormente neste trabalho, notam-se as mudanças feitas ao decorrer do tempo, bem como essa anamorfose social e estrutural a qual o Estado e a sociedade se utilizou sob argumento para prevenção geral de possíveis casos que venham ocorrer. Deste modo, constata-se o surgimento de medidas de segurança, em combate a esta nefasta forma de violência contra crianças e adolescentes, conhecidas como os mecanismos

¹ Acadêmica de Bacharel em Direito. Email: direito.rayanna@outlook.com .

² MSc. Ester Eliana Hauser. Email: estereh@unijui.edu.br

legais protetivos, garantindo e protegendo os direitos deste grupo de pessoas devido a seu alto grau de vulnerabilidade.

Violência sexual e os mecanismos legais protetivos

A violência sexual representa uma das formas mais brutais de violação à dignidade de crianças e adolescentes no Brasil e esta se manifesta historicamente sendo, inclusive, justificada por uma espécie de cultura do estupro, que ainda é presente em nossa sociedade. O tema da sexualidade tem sido abordado com o viés repressivo, mas também é necessário dedicar-se as causas de violência, abuso e exploração de crianças e adolescentes de forma mais aprofundada, com base nos valores protetivos a esse grupo de vulneráveis. Esse é o sentido da recente Lei nº 13.431 de 4 de abril de 2017, muito ligada ao campo de atendimento as vítimas, que estabelece um sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente, em especial as vítimas ou testemunhas do ato libidinoso, alterando a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA).

A proteção à infância a partir da CF/88.

Anteriormente à Constituição de 1988, as crianças não eram vistas como sujeitos de direitos, no entanto com o surgimento da atual carta constitucional, houve um rompimento desta ideia assegurando a esse grupo uma Proteção Especial com a criação de diversas formas de combate a violência, bem como a proteção dessas vítimas.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, momento importante em que o Estado Brasileiro enfrentou a demanda de justiça social, liberdade e igualdade, visando assegurar a dignidade humana, também foram contemplados os direitos da Criança e do Adolescente, mais precisamente no artigo 227. Tais direitos estão relacionados com as garantias dos Direitos Humanos, em respeito à dignidade da pessoa humana.

A proteção integral é referente às garantias que as crianças e adolescentes têm asseguradas como o desenvolvimento saudável, nos aspectos físicos, sociais, morais e psicológicos, reconhecendo as crianças e adolescentes como vulneráveis e que por isso necessita de proteção especial, responsabilizando não só a família, como a sociedade e o Estado para efetivação destes direitos como consta a seguir:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Tais garantias, previstas na Constituição Federal 1988, foram fruto de movimentos sociais árduos em prol dos direitos das crianças e dos adolescentes, em uma luta incansável na busca do sucesso da efetivação dos direitos fundamentais voltados a este grupo, considerado mais vulnerável, por estar em condição de desenvolvimento físico e psíquico. Deste modo, crianças e adolescentes foram considerados, pela nova Constituição, como prioridade absoluta, elencando-se uma serie de garantias como também abrangendo aspectos gerais das necessidades especiais de alta relevância de proteção, vejamos a seguir no § 3º do referido artigo:

§ 3º O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, observa-se o surgimento de um mecanismo de proteção aos aspectos relacionados à violência sexual que muitas crianças e adolescentes sofrem diariamente e muitas vezes passam despercebidas. Essa problematização advém nesses longos anos e persiste até os dias atuais, como um fenômeno que precisou da interferência do Estado para que fossem assegurados direitos e adequados instrumentos de proteção quanto às vítimas dessas atrocidades de atos abusivos e maus-tratos. Esse é o sentido do parágrafo 4º do art. 227, ao assegurar que “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

As considerações feitas a esses direitos reservados as crianças e adolescentes têm como base a preservação da dignidade da pessoa humana, respeitando e reconhecendo estes como sendo verdadeiros sujeitos e assegurando a eles, dignidade e proteção especial devido sua condição de vulnerabilidade.

Doutrina da proteção integral no estatuto da criança e do adolescente

Diante dessas condições, tendo em vista a necessidade de proteção dos direitos da criança e do adolescente, foi necessária a criação de mecanismos para efetivação desses direitos, com base no que foi estabelecido na Constituição Federal, precisamente no artigo 227. Deste modo mostrou-se necessária a existência de uma lei que legislasse a respeito desses direitos especiais de forma integral e específica, destinados a crianças e adolescentes desprotegidos. Contemplou-se, portanto, a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Salienta Marcia (2009, p. 41), a respeito do princípio da prioridade absoluta, referentes a crianças e adolescentes:

[...] o princípio constitucional da prioridade absoluta, incorporado ao Estatuto da Criança e do Adolescente, garante primazia no cumprimento dos direitos fundamentais da população infanto-juvenil em virtude de serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.

Acerca dos direitos da Criança e do Adolescente, estes são aprofundados pela criação da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, estando presente o princípio da igualdade como se observa no artigo 3º:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (BRASIL, 1990)

Os altos índices de violência sexual praticadas, contra crianças e adolescentes impulsionaram o Congresso Nacional em legislar sobre o atendimento destinado aos vulneráveis, com inclusão de ações, projetos e programas voltados ao combate dessas atrocidades. O Estatuto da Criança e do Adolescente elencou em seus artigos, a políticas de atendimentos, o artigo 86 (ECA):

Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (BRASIL, 1990).

Essa violência, na maioria das vezes, já faz parte da vida dessas crianças que, embora estejam sobre a guarda dos pais, são obrigadas a conviver com seus próprios abusadores, quando em alguns casos se encontra ali seu agressor. Como relatam Azevedo e Guerra (apud FIORELLE; MANGINI, 1989, p. 88) “Essa violência coloca o dedo na ferida da miséria humana, pois “75% dos que se aproveitam de ou estupram crianças são membros da família, homens bem conhecidos pela criança”.

A maior visibilidade dada aos casos de violência sexual contra crianças e adolescentes é fundamental, pois estas, muitas vezes estão confinadas em seus próprios lares que se constituem no embrião da violência de maneira geral, e encontram-se amordaçadas. Para isso é necessário que a sociedade, especialmente através da escola, esteja preparada para primeiramente identificá-la e, a seguir, reprimi-las através dos mecanismos legais protetivos que surgiram através de movimentos dos quais somaram em prol da proteção de crianças e adolescentes.

Tipologia penal da violência sexual

O Código Penal trata os crimes contra a dignidade sexual, apenas sobre o viés repressivo, voltado à responsabilização do agressor, presentes nos artigos 213, sobre crime de Estupro e 217-A do Código Penal, que diz respeito ao Estupro de Vulnerável:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL, 1940).

Referente ao artigo 213 do Código Penal, o crime é praticado mediante violência ou grave ameaça no momento da relação sexual, o que se difere do artigo 217-A, é que no segundo crime não se exige essa violência ou grave ameaça, constitui o crime quando ocorrer a violência ou não:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

§ 5º As penas previstas no **caput** e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (BRASIL, 2009).

Com o Código anterior, a tipologia penal dos crimes contra a dignidade sexual, estava previsto no artigo 224, onde se referia a uma presunção da violência, no entanto no atual Código Penal, precisamente no artigo 217-A, se refere à conjunção carnal, porém continua presumindo a não eficácia do consentimento da vítima menor de 14 anos. Nesse sentido foi aprovado o enunciado 593 STJ, que trata sobre o estupro de vulnerável conforme segue:

Súmula 593: O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Nos casos (de incesto) não há diagnóstico simples, e tampouco uma solução imediata, pois crianças e adolescentes submetidas a esse tipo de crime, tendem a permanecer por longos anos vítimas de violência e muitas

vezes sequer reconhecem os atos como forma de violência. Daí a importância de uma rede de mecanismos legais protetivos para lutar contra esse crime, pois muitas vezes, por mais doloroso que seja, está enraizada no âmago familiar. Sobre tal questão Cláudio Cohen (2005, p. 216) aponta que:

Quando ocorre um tipo de relação incestuosa devemos considerar que as funções familiares são alteradas: o pai passa a ser marido, a mulher aceita perder a função de esposa e de mãe, e a filha deve também exercer a função de esposa e de mãe de suas irmãs.

Do mesmo modo, o Código Penal elenca em seu capítulo II, Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável, referentes a satisfação da lascívia própria ou de outrem, diante a presença ou a indução de criança e adolescente, menor de 14 anos, a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Em conformidade com o que foi exposto, o artigo 218-A, destaca que:

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. (BRASIL, 2009).

Além disso, o artigo 240 ECA, ressalta ainda que, o indivíduo que comete o ato ilícito, filma e divulga o que foi criado por ele, cenas de sexo explícito ou pornografia que envolva crianças e adolescentes, tem sua pena de reclusão estabelecida, de quatro a oito anos e multa. Não somente este, mas também, o artigo 241 do Estatuto da Criança e Adolescente, salienta que: “Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente” autoriza a imposição de uma pena de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, além da multa.

Outrossim, devido as alterações feitas recentemente no Código Penal Brasileiro, especificamente no Capítulo II, Dos Crimes Sexuais contra vulnerável, observa-se um novo tipo penal atualmente reconhecido como

crime cometidos contra a dignidade sexual, a divulgação de cenas de estupro ou cena de estupro de vulnerável, cena de sexo ou pornografia, através de fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual. O art. 218-C acrescido pela Lei 13.718 de 2018 determina que:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Aumento de pena

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

Exclusão de ilicitude

§ 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos. (BRASIL, 2018).

Destarte, a proteção dos direitos da criança e do adolescente, se desenvolveu e abordou temas como liberdade sexual, considerado com um grande avanço e marco histórico positivado em nosso ordenamento jurídico, como forma de mecanismo legal, protegendo assim grupos de crianças e adolescentes que se encontram vulneráveis a essa forma de violência.

Depoimento sem dano na Lei nº 13.431/2017

Os princípios fundamentais referentes à proteção da pessoa humana assegurados pela Constituição Federal de 1988 estão vinculados ao princípio da Dignidade Humana. Conforme dito anteriormente, as crianças e adolescentes passaram a ser reconhecidos como verdadeiros sujeitos de

direitos e, não obstante sua idade também deve ter sua dignidade respeitada.

Visando assegurar tal proteção e evitar o processo de vitimização secundária, conforme descrito no primeiro capítulo deste trabalho, a lei nº 11.431/17, estabelece o sistema de garantia de direito da criança e do adolescente enquanto vítima ou testemunha de violência, alterando a Lei nº 8.069/90 ECA. O artigo 4º inciso IV da referida lei enfatiza sobre esse sistema:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

IV - violência institucional, entendida como a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, a criança e o adolescente serão ouvidos sobre a situação de violência por meio de escuta especializada e depoimento especial.

§ 2º Os órgãos de saúde, assistência social, educação, segurança pública e justiça adotarão os procedimentos necessários por ocasião da revelação espontânea da violência.

§ 3º Na hipótese de revelação espontânea da violência, a criança e o adolescente serão chamados a confirmar os fatos na forma especificada no § 1º deste artigo, salvo em caso de intervenções de saúde. (BRASIL, 2017).

O dispositivo traz referência sobre a violência institucional, entendida como aquela praticada, por exemplo, em uma audiência, em uma oitiva que não seja especial em que a vítima passa a ser inquirida em decorrência da violência que sofreu, em outras palavras, ocorre uma segunda violência que parte da instituição em que a vítima está sendo atendida. Quando a criança passa a ser indiretamente responsabilizada através de atendimento, pela violência que sofreu, transmite-se a ideia de que a criança é a própria culpada pelo cometimento do ato que lhe ocorreu.

Validando tal afirmativa, o artigo 111 inciso VI (ECA), igualmente trata das garantias processuais sobre o direito das crianças e adolescente à serem ouvidas: Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias: VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento. (BRASIL, 1990).

A Lei nº 11.431/17 tem um caráter protetivo a criança e adolescente vítima de violência sexual, veio como a finalidade de humanizar o atendimento desses vulneráveis, no sistema de justiça e garantias de direitos em toda a rede protetiva. Esse tipo de conduta muitas vezes passava despercebido e hoje com a regulamentação desta lei, garante as crianças e adolescentes a não vitimização secundária, e assim ganha uma credibilidade em sua palavra, de forma especial, levando em consideração o seu estado de vulnerabilidade.

Questões de gênero, cultura do estupro e instrumentos legais protetivos:

A violência sexual contra crianças e adolescentes é um fenômeno universal, no entanto é notório, segundo estatísticas aqui apresentadas, que o Brasil apresenta alarmantes índices, sendo que os agressores são, em larga medida, pais, padrastos ou pessoas conhecidas das vítimas.

Conforme indicam as pesquisas são as mulheres (crianças, adolescentes e adultas) o alvo principal da violência sexual, o que demonstra ser necessário compreender as razões que conduzem a tal fenômeno, vez que é sorumbático constatar que este infortúnio está se tornando parte da cultura brasileira. Como forma de enfrentamento à violência sexual foram criados diversos mecanismos legais protetivos, a saber, a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Penal, bem como todo o conjunto de mecanismos criados em defesa dos direitos e garantias, assegurando a proteção integral de crianças e adolescentes, o que, infelizmente, não garantiu a redução dos índices de violência sexual e a prevenção de ocorrências deste cruel e desumano ato. Indubitavelmente, conforme previsto na legislação brasileira as crianças e adolescentes são prioridade absoluta do Estado e quando vítimas de crimes devem ter um tratamento especial, ser acolhidas e acompanhadas com o máximo de cuidado para que não sofram a chamada revitimização, através do

depoimento sem dano, garantido pela recente Lei nº 13.431/2017, em virtude de serem pessoas em desenvolvimento e sujeitos de direitos.

Consequentemente, existe uma dimensão ideológica ou simbólica que perpetua a desigualdade e a violência sexual contra a mulher a partir de diferenças (vistas como naturais) ou de um processo de culpabilização da própria vítima. Isso exige demonstrar que desigualdade entre homens e mulheres é fruto de uma construção sociocultural, que é exteriorizado tanto pelo saber oficial quanto pelos operadores do sistema penal e pelo público em geral. De acordo com Andrade, (2015, p. 05):

Uma dimensão muito mais invisível e difusa (*lato sensu*) do sistema é a dimensão ideológica ou simbólica, representada tanto pelo saber oficial (as ciências criminais) quanto pelos operadores do sistema e pelo público, enquanto senso comum punitivo (ideologia penal dominante). Esta capilaridade não deve obscurecer a sua onipresença, tanto ou mais expressiva que a do Estado, e que obriga à percepção de que o sistema somos, informalmente, todos nós: em cada sujeito se desenham e se operam, desde a infância, um microsistema de controle e um microsistema penal (simbólico) que o reproduz cotidianamente.

Tais constatações permitem demonstrar que, infelizmente, as relações desiguais de poder advindas do patriarcado, bem como a cultura do estupro, entendida como a cultura que naturaliza ou legitima a violência sexual contra as mulheres (o que inclui aquelas que se encontram na infância ou adolescência), a partir de um processo de culpabilização das vítimas são as razões mais profundas para a perpetuação da violência sexual no Brasil. Segundo (Leite, 2017) “Os mecanismos de culpabilização da vítima se dão, pela construção de aceitação e replicação de conceitos que normalizam o estupro com bases nas questões que tangem a relação de gênero e sexualidade, informadas pelas categorias de poder, hierarquia e patriarcado”.

A partir de uma análise da funcionalidade do Sistema Penal, é importante reconhecer que houve um avanço enorme para o Brasil, como por exemplo, em relação proteção de pessoas mais vulneráveis em situações

de violência, foram debatidos métodos mais eficazes de aplicação da lei, surgindo um conjunto de medidas, aos desafios atuais como formas de enfrentamento a violência contra as mulheres, crianças e adolescentes. Observa-se que com a Constituição Federal de 1988, precisamente em seu artigo 227, determinou-se a prioridade absoluta do Estado à proteção dos direitos da criança e do adolescente, como supracitados anteriormente no primeiro capítulo, ratificando essa proteção com a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), motivado pela Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, e a Conferência Mundial dos Direitos Humanos em 1993, que determinou o Direitos Humanos, permitindo que incluísse as mulheres como sujeitos internacionais de direitos, assim também designando com que se discutisse de forma mais aprofundada as situações de violência vivida por tais sujeitos.

Todavia, ainda se percebe na sociedade brasileira uma baixa efetividade das normas jurídicas quanto ao cumprimento de seus objetivos. Isto se evidencia, sobretudo, no âmbito do sistema penal, em que é visível, especialmente no campo da violência sexual, uma significativa contradição entre funções declaradas e funções latentes (reais) produzidas. Isto porque, conforme Andrade (2015) há um acentuado déficit histórico de cumprimento das promessas de combate à violência sexual, declaradas pelo discurso penal, face ao que verdadeiramente se cumpre no âmbito do sistema penal (funções latentes). No entanto, por força dos discursos legitimadores, confere-se uma eficácia simbólica ao sistema punitivo, ocultando suas reais e invertidas funções evidenciando, portanto, um desequilíbrio desses direitos, prova disto é a presença de alarmantes números de casos de violência sexual, contra mulheres, crianças e adolescentes em que pese as recentes mudanças na lei e o maior rigor punitivo. Por conseguinte, sobre tal questão Andrade, (2015, p.06) enfatiza:

Mas é precisamente o funcionamento ideológico do sistema – a circulação da ideologia penal dominante entre os operadores do sistema e o senso comum ou opinião pública – que perpetua o ilusionismo, justificando socialmente a

importância de sua existência e ocultando suas reais e invertidas funções. Resulta daí uma eficácia simbólica, sustentadora da eficácia instrumental invertida.

Frente a isso é indispensável uma análise dessa construção social do gênero, tendo por base o patriarcado e o chamado androcentrismo do sistema penal, visto que este surgiu na sociedade patriarcal, em que se percebe a concentração de poder destinados aos homens. Por conseguinte o homem é colocado como o centro da sociedade, ocupando papel de destaque tanto nas atividades econômica, política e religiosa, quanto no núcleo familiar, deste modo observa-se na sociedade patriarcal uma cultura masculinizada, em que a distribuição de papéis foi definida de forma totalmente desigual, em que as mulheres foram designadas para os serviços domésticos, aos cuidados com a família, assim também utilizadas como objetos de serviços sexuais. Segundo Vera Regina Pereira de Andrade (2015, p. 9):

Considero indispensável olharmos doravante para o androcentrismo do sistema penal e sua funcionalidade de gênero. Para tanto, é necessário incursionar brevemente na construção social do gênero no patriarcado (a dicotomia masculinofeminino), que, como é sabido, encontra-se em desconstrução, mas continua operando, como parece ser menos evidente, sobretudo no sistema penal. Isso implica falar em espaços (divisão entre público e privado com correspondente divisão social do trabalho), papéis (atribuição de papéis diferenciados aos sexos nas esferas da produção, da reprodução e da política) e estereótipos.

A cultura do estupro faz parte da sociedade e tem como objetivo a naturalização da violência sexual conforme abordado no capítulo anterior, com a intenção metamorfosear essa atrocidade como algo comum, transferindo a responsabilização para a vítima, uma vez que a sociedade julga as mulheres e, em muitos casos, “desculpa” a ação dos agressores, justificando seus atos a partir do comportamento da mulher. Vale lembrar que o patriarcado, o machismo e a cultura do estupro perpetuam não apenas a violência contra a mulher, mas também a violência contra crianças e

adolescentes (especialmente as do gênero feminino). Isso ocorre porque as crianças e adolescentes também são vistas como objeto (propriedade), o que legitima a violência sexual que sofrem da parte de seus pais ou padrastos.

Por força da cultura do estupro, muitas vezes as vítimas (especialmente as meninas adolescentes) são responsabilizadas pela violência que sofrem (porque não souberam se comportar, porque expuseram demais o seu corpo). Isso tudo explica o porquê meninas são ensinadas a se “cuidar”, para não ensejarem o “desejo sexual” dos homens. Normalmente utiliza-se pela sociedade o jargão popular “segura a tua cabrita que o meu bode tá solto” o que representa a expressão vulgarizada dessa ideia: de que precisamos educar as meninas para se cuidar (não se exporem) mas não precisamos educar os meninos a respeitar a liberdade e a sexualidade das mulheres. Em consonância com esta afirmativa, Bruna de Lara *et all* (2016, p. 163), ressalta que “[...] a maioria das pessoas acredita que a mulher é responsável, de alguma forma, pelo próprio estupro. Chamamos isso de *culpabilização da vítima*, comportamento diretamente relacionado à cultura do estupro”.

Diante desta real situação mostra-se necessário a construção de políticas públicas, tanto na educação quanto na cultura, visando à erradicação deste problema inserido na sociedade, pois estes não são menos importantes e merecem tanta atenção quanto os aspectos psicológicos e jurídicos. Para Valéria Pandijiarjuan (1998, p.63) “Este fato aponta para a necessidade de providências quanto a políticas públicas na área da educação e cultura, visando a erradicação desse tipo de comportamento. Os aspectos psicológicos e jurídicos da problemática merecem também maior atenção.”

Embora seja necessário punir agressores, acredita-se ser necessário, primeiramente transformar as questões culturais, principalmente quando se trata de questões de gênero, em outras palavras, a punição para a violência sexual não deveria ser aplicada apenas de forma simbólica ou seletiva, baseada no julgamento do comportamento da vítima, mas sim

materializada de forma real, produzindo como consequência a aplicação de uma efetiva proteção para mulheres e crianças, de sua liberdade e de sua dignidade. O sistema penal não deveria reproduzir os estereótipos próprios ao patriarcado e à subordinação de gênero, seja culpabilizando as vítimas ou revitimizando-as. Infelizmente, segundo Andrade (2015), em que pese os avanços legais, a cultura do estupro e o olhar do patriarcado ainda estão presentes nos discursos jurídico-penais relativos a crimes sexuais, o que conduz não apenas ao julgamento das vítimas mas também a perpetuação da própria violência. Neste aspecto mostra-se absolutamente necessária a construção de políticas públicas que, aliadas à repressão penal, venham a enfrentar os fatores culturais que estão na base da violência sexual contra mulheres, em especial as que se encontram na fase da infância ou adolescência.

Considerações finais

Apesar do avanço histórico, manifesto pelas alterações no ordenamento jurídico, como mecanismos de proteção reservados aos direitos da criança e do adolescente, ainda é questionada a honestidade das mulheres, acabando por reforçar a cultura do estupro e duplicar a própria violência.

É preciso conscientizar que o problema da violência sexual é social, histórico-cultural, deveras maior do que os mecanismos legais protetivos, não havendo uma efetivação de direitos se a sociedade não os reconhece ou não os cumpre. A chave para esta problematização seria a transformação das questões culturais, a não naturalização do problema, para que assim as vítimas não venham a sofrer a discriminação, e deixem de denunciar quando movidas pelo medo, com o propósito de que sejam aplicados os direitos não como uma forma simbólica, mas sim como uma real efetivação das garantias e direitos da criança e do adolescente, não havendo distinção de qualquer natureza, e como consequência sejam garantidos a segurança e o respeito à sua dignidade sexual.

Referências

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Soberania Patriarcal**. Disponível em: <https://www.flickr.com/photos/kheelcenter/5278490010>. Acesso em 15 novembro de 2015
- ALMEIDA, Marcia. **Crianças no labirinto das acusações: falsas alegações de abuso sexual**. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora., 2009.
- ATLAS DA VIOLÊNCIA, (IPEA/FBSP). **Violência contra as mulheres em dados** <http://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia-em-dados/estupros-no-brasil/>. Acesso em: 16 Novembro 2018.
- BITENCOURT, Potter L. **A vitimização secundária de crianças e adolescentes e a violências sexual intrafamiliar**. In: Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações. UCRS. BR, p. 1-42.
- BOUJIKIAN, Kenarik. **Credibilidade da palavra da vítima como prova de violência sexual**. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/credibilidade-da-palavra-da-vitima-como-prova-de-violencia-sexual-por-kenarik-boujikian/>. Acesso em: 17 Abr. 2018.
- BRASIL, **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília. p. 13563, 16 julho. 1990. Seção 1.
- BRASIL, **Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017** Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Diário Oficial da União**, Brasília. p. 1, 05 abril. 2017. Seção 1.
- BRASIL, **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. O Presidente da República , usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei: Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília. p. 23911, 31 dezembro. 1940. Seção 1.
- BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Diário Oficial da União**, Brasília. p. 1, 05 outubro. 1988. Seção 1.

BRASIL, **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília. p. 13563, 16 julho. 1990. Seção 1.

BRASIL, **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). **Diário Oficial da União**, Brasília. p. 2, 25 setembro. 2018. Seção 1.

BRAUNER, Maria. **Violência Sexual Intrafamiliar, uma visão interdisciplinar: contribuições do Direito, da Antropologia, da Psicologia e da Medicina**. 1ª. ed. Rio Grande do Sul: Editora Delfos. 2008.

COELHO, Tatiana, G1. **Maioria dos casos de violência sexual, contra crianças e adolescentes ocorre em casa; notificação aumentaram 83%**. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/maioria-dos-casos-de-violencia-sexual-contras-criancas-e-adolescentes-ocorre-em-casa-notificacao-aumentou-83.ghtml>. Acesso em: 16 Novembro 2018.

CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato; BUENO, Samira; NEME, Cristina; FERREIRA, Helder; COELHO, Danilo; ALVES, Paloma; PINHEIRO, Marina; ASTOLFI, Roberta; MARQUES, David; REIS, Milena; MERIAN, Felipe. **Atlas da Violência**. Rio de Janeiro: IPEA e FBSP, 2018.

COULOURIS, D. **Violência, gênero e impunidade: a construção da verdade nos casos de estupro**. In: XVII Encontro Regional de História. ANPUH/SP UNICAMP. BR, p. 1-14.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo. **Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar)**. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf. Acesso em 25 Junho de 2018.

IORELLI, Mangini. **Psicologia Jurídica**. 5ª. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014.

- FLORENTINO, Bruno Ricardo B. **As possíveis consequências do abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes.** In: Revista de Psicologia – 2015, Vol. 27, no. 2, p. 139-144.
- JUNIOR, Robert P. **O “depoimento sem dano” em ação cartografia de controvérsias da produção de provas criminais com crianças e adolescentes.** In: Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações. UFSC. BR, p. 1-150.
- LARA, Bruna de; RANGEL, Bruna; MOURA, Gabriela; BARIONI, Paola; MALAQUIAS, Thaysa. **Meu Amigo Secreto – Feminismo além das redes.** Coletivo Não Me Kahlo. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2016.
- LIMA, Silvia. **Violência Sexual contra crianças e adolescentes: histórias e destinos.** In: Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações. UFP. BR, p. 1-87.
- LUIZ, Maila. **Depoimento sem dano e suas implicações nas atribuições do assistente social judiciário – um estudo no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.** In: Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações. UFSC. BR, p. 1-150.
- MURILLO, Ildeara A. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado.** 7ª. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2017.
- OLIVEIRA, Laska M. **A leitura da erotização da infância e da cultura do estupro: denúncia social na obra sapato de salto, de Lygia Bojunga.** In: Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações. UCSP. BR, p. 1-232.
- PIMENTEL, Silvia. SCHRITZMEYER, P. PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro: direitos humanos, gênero e justiça.** Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/07/PIMENTEL_SCHRITZMEYER_PANDJIARJIAN_estuproddhh_generoejustica1998.pdf. Acesso em 25 Junho. 2018.
- REZENDE, Eduardo. **Criança e Adolescente: direitos, sexualidades e reprodução.** 1ª. ed. São Paulo: Pancrom Indústria Gráfica., 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Danielle M. **O estupro de vulneráveis no Brasil: uma breve análise histórica, legislativa e do discurso jurisprudencial**. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/o-estupro-de-vulneraveis-no-brasil-uma-breve-analise-historica-legislativa-e-do-discurso-jurisprudencial-por-danielle-martins-silva/>. Acesso em: 6 Abr. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Petrópolis, 2002.

Estado moderno e direitos humanos: uma perspectiva histórica à leitura desta relação na atualidade ^{1 2}

Régis Natan Winkelmann ³

Elenise Felzke Schonardie ⁴

Introdução

A relação entre Estado e direitos humanos⁵ é algo praticamente incontestável, apesar de que a amplitude desta relação, muitas vezes, e insistentemente, seja ignorada. Ambos os conceitos tem uma trajetória compartilhada, que, pode ser visualizada num panorama histórico de luta

¹ Trabalho destinado ao evento “VII Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia” do “Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da UNIJUI - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos”

² Este artigo trata-se de uma breve exposição constante numa fase inicial de pesquisa, a qual pretende compreender e escrutinar a relação entre Estado e direitos humanos na atualidade, percebendo suas possibilidades e limitações a partir da evolução histórica e conceitual dos temas. O resultado final da pesquisa será exposto em oportunidade futura de forma mais analítica e conclusiva.

³ Acadêmico do Curso de Direito da UNIJUI, bolsista de Iniciação Científica PIBIC - CNPq/UNIJUI vinculado ao Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos, Justiça Social e Sustentabilidade” e ao Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos Governança e Democracia”.

⁴ Doutora em Ciências Sociais (UNISINOS), Mestre em Direito (UNISC), Bacharel em Direito (UNIJUI); docente permanente do Programa de Pós-Graduação Doutorado e Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUI, vinculada à Linha de Pesquisa “Democracia, Direitos Humanos e Desenvolvimento”, membro do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos, Justiça Social e Sustentabilidade” e do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos, Governança e Democracia”. Advogada. Email: elenise.schonardie@unijui.edu.br

⁵ Quando utilizados, neste trabalho, os termos: direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais está sendo referindo o mesmo objeto, que seja — sem entrar em conceituações polemicas e quase sempre incompletas ou problemáticas, mas, tratando dos direitos humanos como formas de empoderamento —, uma referência a garantias frente ao poder (seja na forma positiva ou negativa). Embora existam distinções doutrinarias entre estes termos, para fins e limitações deste trabalho, se entendeu que esta tratativa não seria proveitosa.

pela transformação da realidade, e, conseqüente reformulação dos paradigmas filosóficos que permeiam a esfera do Direito estatal.

Esta trajetória retorna, embrionariamente, às raízes do Estado⁶ moderno, daí percorrendo toda sua caminhada de consolidação e transformação através dos séculos. Demonstra-se, assim, que a agenda humanitária do Direito não é algo externo ou estranho ao Estado, mas, intrínseco e complementar. Pois, ambos, Estado e direitos humanos, se perfazem na história, frente as demandas sociais que exigem sua transformação.

Assim, na atual conjuntura desta relação, é impossível acomodar-se diante de uma posição desidratada, limitada, ineficaz, instrumental do Estado, ou, extremamente formalista – distante da realidade fática – no que se refere aos direitos humanos e suas constantes violações. Por que, isso faz com que toda a luta por transformação social já travada se torne alegórica, e, o Estado Democrático de Direito uma ilusão normativa. Assunto que se torna cada vez mais importante em tempos de globalização e fragilização da soberania, pois, se não há capacidade para concretizar garantias mínimas em contexto nacional, que acontecerá na dependência de distantes poderes internacionais?

O nascimento do Estado moderno como busca de garantias

Embora o conceito de Direitos Humanos venha a ganhar força e ficar conhecido na etapa pós segunda guerra mundial – tendo como grande marco formal e internacional a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 –, é possível enxergar, paulatinamente, o desenvolvimento da ideia dos direitos do homem já nas bases do que conhecemos como Estado moderno. Além de encontrarmos na evolução da compreensão da ideia de

⁶ Pode se empregar muitas abordagens para o estudo do fenômeno estatal, sejam sociológicas, antropológicas, filosóficas, históricas, jurídicos formais..., dependendo da abordagem (e também do autor) se terá um marco para o início da existência deste fenômeno. Aqui se tratará do Estado mais na perspectiva de um poder político (em uma linha de evolução histórica/doutrinária) e partindo do período medieval, pois, de fato, este foi o período imediatamente anterior a emergência do Estado moderno e que de forma marcante influenciou a construção do fenômeno que conhecemos atualmente.

Estado, cada vez mais uma relação profunda e indissociável com tais conceitos.

Toda a construção atual que se alcançou no pensar do Estado é uma visão extremamente recente – ainda mais se considerarmos sua implementação difusa. Entretanto, esta visão, é fruto de movimentos desencadeados já na Idade Média, como afirma Bedin (2012, p. 15-16):

A emergência do Estado moderno foi o resultado da convergência histórica de um conjunto significativo de acontecimentos (a crise da sociedade feudal, o florescimento do comércio, o declínio do papado, o Renascimento, a reforma protestante, etc.). Por isso, esse processo foi bastante lento e se mostrou um longo e difícil caminho para ser concluído.

Para que se entenda esta emergência é importante destacar que: o lapso medieval (onde o caminho para o Estado moderno é preparado) se configura como um ciclo de fragmentação social e sob a guia clérica. Pois, a derrocada do Império Romano no séc. V – classicamente vista como o início medieval –, e, a conseqüente insegurança política posterior: fizeram com que o comércio e as cidades fossem entrando em retraimento, criando comunidades isoladas e essencialmente rurais. Neste interim (a Primeira Idade Média), inexistia uma organização pujante o suficiente para assegurar tranquilidade ao homem; a única instituição vigorosa era a Igreja cristã, que herdou os laços de Roma, adquirindo influência e figurando como o poder unificador da sociedade. (BEDIN, 2012).

Os motivos da ascensão do clero inclinam à interpretação de uma busca humana por seguridade. Basta ver que a proeminência da Igreja na Idade Média, a sujeição que foi sendo feita ao papado, não se deu por uma afinidade espiritual:

O processo de supremacia político-moral do poder da igreja foi bastante lento e teve como desfecho a relativização acentuada dos poderes políticos estabelecidos. A desordem que se seguiu às invasões, fez do Papa e dos bispos os únicos líderes políticos dispostos a chefiar a luta contra os bárbaros. (BEDIN, 2012, P. 26).

Este acatamento da autoridade sacerdotal é mais um pedido de socorro frente as invasões barbaras medievais. Logo, apesar de ser a maior, tal esfera eclesiástica do poder não foi a única à que os homens recorreram durante o período.

No intervalo do séc. X ao XIII (Idade Média Central) a posse do poder se encontra depositada no feudo – ainda que a igreja permaneça em posição de destaque. Embora existam figuras denominadas reis: eles não passam de senhores feudais, com um poder dependente da sua boa relação com os demais senhores – Inclusive algo como o pomposo nome: Sacro Império Romano-Germânico (designação de um complexo de governos), se afigura mais como uma ficção política, sem grande autoridade de fato, apenas tentativas e pretensões de mando. As ligações entre indivíduos, neste período, se dão na forma de relações de dependência: os senhores feudais dependem dos vassalos para subsistência, e, os vassalos, dependem da proteção militar garantida pelo seu senhor. Tal sistema é até abalizado por uma certa visão jurídica, uma espécie de direito consuetudinário, que torna as obrigações vassálicas extremamente fortes (BEDIN, 2012; 2011).

Pelo contexto se compreende que, assim como a autoridade da igreja, o poder feudal é resultado de uma busca de garantias por parte dos indivíduos. Tomemos a leitura do espírito da época:

(..) o declínio das formas políticas centralizadas e os modelos urbanos de convivência, reforçaram em cada ser humano a necessidade de procurar um protetor, que lhe garantisse a existência com um mínimo de tranquilidade e o alimento necessário a sua sobrevivência. (BEDIN, 2012, p. 33).

Posteriormente ao séc. XIII (na Baixa Idade Média) o feudalismo entra em crise, a vida urbana está presente novamente, o comércio ressurgiu e a riqueza cresce. Aparece então a burguesia, e, o início de uma mudança de pensamento patrocinada pelo sucesso econômico (o Renascimento), a ordem social começa a ser questionada, quem primeiro sente estes efeitos é a igreja. Fragilizada por dissensões internas como “o grande cisma do ocidente”, situação onde estiveram três papas no poder, a igreja estava

prestes a ser destronada em favor dos poderes regionais. O protestantismo foi mais uma arma na luta contra os mandos universais do clero, criticando a posição do papado e pregando uma igreja com preocupações espirituais – disposta a deixar a esfera civil nas mãos do rei –, o movimento caiu como luva nas tendências daquele tempo. (BEDIN, 2012).

Todo o cenário descrito, partindo da crise feudal, moveu o poder para um processo de concentração nas mãos do rei, houve um sentimento nacionalista muito grande e desejo de mais liberdade, a igreja já não era figura central – portanto o poder não dependia de fundamentos religiosos, se torna laico. Assim vai nascendo o Estado moderno como unidade política independente, centralizada e soberana. Neste ponto, as configurações atuais do Estado se estabelecem: o monopólio da violência legítima, do recolhimento de impostos, da distribuição da justiça e etc. E, se pode referir como data formal de nascimento deste ente: a Paz de Vestfália em 1648, onde a resolução de uma série de conflitos existentes por três décadas, entre a maioria dos governos europeus, concretizou definitivamente – Durante a elaboração de um tratado de paz – a ideia moderna de Estado. (BEDIN, 2012; 2011)

Se vê que a direção do movimento estatal, desde as raízes, está em um caminho de promover garantias – seja qual for a adversidade. Pois, as mudanças que ocorrem na história são promovidas pelo homem, e, este, naturalmente, procura seu bem-estar – obviamente, quase sempre, enfrentando muitos insucessos. Neste sentido, o poder é depositado (e moldado) onde (e da forma como) forem vistas vantagens, sejam no aspecto de encontrar garantias que criem possibilidades, ou, que proporcionem a limitação de situações degradantes.

O Estado moderno e suas mudanças de paradigma

Mais claro se torna o que o Estado moderno representa, quando analisamos a mudança de perspectiva que seu surgimento significou. Desde a antiguidade clássica, com os gregos, até na decorrência da idade média: se

pensava que o Estado surgia a partir de uma evolução natural, iniciada na constituição familiar. As famílias se agregavam em povoados, de povoados em cidades, de cidades em Estados, ou, tornavam-se Cidades Estado. Portanto, o processo de formação do poder consistia em uma ordem orgânica, conseqüentemente, a organização social era muito rígida, praticamente inalterável. (BEDIN, 1998)

Durante o processo de emergência abordado, visualizando as mudanças de poder, se demonstra que os paradigmas anteriores – relativos à formação do Estado – não mais satisfaziam os anseios sociais. Até porque, como afirma Bedin (1998, p. 26), estes paradigmas favoreciam uma crença na naturalidade das desigualdades frente ao Direito: “[...] esta crença na desigualdade dos homens é tão antiga e persistente quanto é o modelo organicista ou holista de sociedade. Daí, portanto, esta ideia ter-se mantido enquanto o referido modelo era prevalecente.”. Algo assim, logicamente, já não compatibiliza tanto com as ideias florescentes no momento renascentista.

A referida visão de evolução natural, organicista, tem um contraposto quando são elaboradas as teorias contratuais. Visão que consiste numa tremenda novidade histórica, na medida que: se anteriormente os fundamentos do poder estavam na tradição histórica ou no divino, como compreendia o entendimento clássico e medieval, posteriormente ao contratualismo eles passam a habitar na vontade popular. Thomas Hobbes (1588 – 1679), John Locke (1632 – 1704) e Jean-Jacques Rousseau (1712 – 1778) são os principais pensadores desta teoria, que, diferentemente da organicista, atribui ao estado a origem contratual: onde os indivíduos se filiam em liberdade – criando uma espécie de contrato – para estabelecer o Estado. Proporciona-se, assim, o cenário onde floresce a noção dos direitos humanos, pois, antes disso, existe apenas uma percepção de dever do homem frente ao Direito. (BEDIN 1998; BOBBIO, 1992)

Os contratualistas, por assim dizer, tiraram o homem da categoria de servo do Estado, para torna-lo seu senhor, pois faziam do homem (do

povo) originador do poder estatal. Portanto, numa leitura equilibrada da relação entre Estado e Direitos Humanos é importante conceber que:

[..] o(s) contratualismo(s)⁷ como teoria(s) explicativa(s) da origem e construção do Estado, aparece(m) como fundamentais para que se compreenda não só os contornos próprios ao mesmo mas, também e particularmente, para o equacionamento de interesses e controvérsias – o Direito. (MORAIS, 1996, p. 39).

O Estado moderno, além de reorganizar o mundo político, se auto afirmando como única autoridade soberana – o que por si só já é uma grande transformação – representa, portanto, uma grande ruptura no modo de pensar. Sendo de outro forma, seria difícil de conceber um cenário onde os direitos humanos se desenvolvessem da maneira como a história nos mostra que ocorreu.

A transformação do Estado moderno pelos direitos humanos

O caminho dos direitos continuou a evoluir após o estabelecimento do Estado moderno e de sua origem a partir do consenso popular. Podemos visualizar uma passagem por fases, que cada vez mais ampliam, e, por fim, redirecionam a perspectiva relativa ao Estado ante os direitos humanos. E, estas fases do Estado, podem ser relacionadas com a classificação dos direitos humanos em gerações⁸. (MORAIS, 1996)

Nos primórdios do Estado moderno, o que ocupava a cátedra dos direitos humanos eram os direitos negativos, onde se buscava a limitação dos poderes existentes, em prol das liberdades individuais. Isto, que pode ser

⁷ Como bem marca Moraes, na expressão “contratualismo(s)”, a visão dos contratualistas não era uma teoricamente. Entretanto, apesar das diferenças (as quais não consistem objeto deste trabalho), é possível colocar como o ponto culminante e maximamente revolucionário de suas teorias a ideia da fundamentação do poder no consenso público, no “contrato social”, traço que marcadamente foi a grande virada do modelo organicista clássico para o modelo representado pelo Estado moderno.

⁸ Existe alguma discórdia no que se refere a nomenclatura dos direitos humanos em gerações ou dimensões, entretanto, para os fins e limitações de espaço deste trabalho tal discussão não se mostraria muito produtiva. Assim, se segue a nomenclatura mais tradicional já consagrada. Ressaltamos ainda que a abordagem utilizada aqui é clara para demonstrar que não há exclusão ou substituição de uma geração/dimensão para outra, mas, sim, complementariedade.

chamado a primeira geração de direitos humanos, consagra, notadamente a propriedade privada, o direito à vida, a liberdade de ir e vir, a liberdade de expressão, etc. Neste sentido, o Estado deixa de ser apenas um poder soberano para também ser um garantidor dos direitos individuais (ou pelo menos para respeitar estes direitos). A ordem jurídica deixa de ser apenas controladora social, para, também, delimitar o poder do governante. Tal fase pode ser chamada de Estado de Direito Liberal – pois o Direito não apenas mantinha a ordem social, como, também, estava imbuído de um ideário político específico. (BEDIN, 1998; MORAIS, 1996; SARLET, 2003)

Nesta primeira fase se vê a luta contra os abusos dos reis – mais especificamente, as monarquias formadas na baixa idade média –, que, quando consolidado o Estado moderno, detinham o poder praticamente sem nenhum limitador. Fazem parte desta jornada os movimentos constitucionalistas, impondo por meio de cartas magnas, limites ao Estado.

Estas transformações não ocorrem de uma hora para outra, nem simultaneamente em todo o mundo, mas, dois grandes marcos da primeira geração de direitos do homem são: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789) e a Declaração de Direitos da Virgínia (imediatamente anterior a independência dos Estados Unidos, 1776). (BEDIN, 1998)

Como desdobramento da primeira geração de direitos humanos, ainda durante a fase liberal do Estado, temos a emergência da segunda geração⁹. Nesta, são adquiridos os direitos políticos, de participação no Estado, tais como: o sufrágio universal (eleições), o direito de constituir partidos políticos, o direito a plebiscitos, etc. Esta geração surge no decorrer do séc. XIX, e, tem como grande destaque a mudança de direitos negativos para positivos. Portanto, partindo daí, já não se espera que o Estado apenas se retraia

⁹ Há significativa pluralidade de abordagens na questão de quantidades de gerações e os direitos a qual cada uma delas compreende, como, neste sentido, estamos tratando mais de uma abordagem metodológica que dogmática, aqui será utilizada a classificação apresentada por Gilmar Antonio Bedin (1998) baseada na perspectiva de T. H. Marshall. Para os fins expositivos deste trabalho tal divisão (a que se segue, com os direitos políticos desmembrados em uma segunda geração) ajuda a enfatizar como o Estado passa a ter a necessidade de ações positivas, e que estas não estão apenas relacionadas com o Welfare State.

para garantir liberdades aos indivíduos, mas, que ele se movimenta no sentido de produzir uma realidade onde todos tenham parte e possibilidade de desenvolvimento. (BEDIN, 1998; MORAIS, 1996)

Após a fase liberal surge a terceira geração de Direitos Humanos, que é um indicativo da mudança do Estado, influenciada pelo socialismo. Esta geração consagra direitos como educação, habitação, e seguridade social (saúde, previdência social...) além de direitos específicos do trabalhador (sindicatos, greve, folga semanal...). Embora estes direitos se desenvolvam desde antes – nem que seja de forma embrionária –, é o séc. XX que os lança maior luz, sendo possível colocar como marcos a revolução russa de 1917, a constituição mexicana de 1917 e a constituição da República de Weimar – constituição feita no Estado alemão em 1919. (BEDIN, 1998; SARLET, 2003)

A terceira geração sinaliza que o Estado não mais permanecia circunscrito a moldar a esfera governamental, mas, tende a exercer influência na sociedade civil (políticas públicas), utilizando a lei como instrumento de promoção, não apenas de delimitação. Assim fica caracterizado o Estado de Bem-Estar Social, ou, Estado Social de Direito, onde, além dos conteúdos liberais são acrescentados conteúdos sociais ao Direito estatal – temos, portanto, direitos garantidos pela atuação do Estado, não por sua delimitação, ou, pela participação nele. (MORAIS, 1996)

Por fim temos a quarta geração¹⁰ dos direitos humanos, que se confunde com o estabelecimento do Estado Democrático de Direito. Esta geração, que pode ser nominada como direitos de solidariedade, busca concretizar direitos que não se referem apenas ao indivíduo, ou a grupos específicos, mas ao gênero humano – independentemente assim da sua vinculação com Estados, exceto pela efetivação destes direitos. Temos como marco a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e as demais

¹⁰ Claramente a divisão aqui apresentada não contempla de forma significativa os chamados novos direitos, uma limitação compreensível se considerarmos que foi baseada na obra de Bedin (1998) escrita na década de noventa. Entretanto, há de se ponderar que de lá para cá no plano pragmático não aconteceram grandes revoluções. Neste sentido declara Bobbio (1992) que muitos direitos tem o sobrenome direitos apenas como um título de honra, não correspondente a ações reais que os possibilitem. Assim, para a exposição deste trabalho, não teria sentido dispor neste tópico destas novas gerações. Novos direitos podem ser subentendidos como parte das cobranças as quais precisamos levar de encontro ao poder e que serão tratadas no último tópico.

declarações internacionais posteriores, que especificam e ampliam os direitos universais. (BEDIN, 1998; MORAIS, 1996; SARLET, 2003)

O Estado Democrático de Direito, que vem na mesma esteira da quarta geração, soma os conteúdos ideários do Liberalismo e Socialismo, além de dar um passo a mais, no sentido de objetivar a transformação do status quo – é uma espécie de quimera dos estágios anteriores, direcionada a supera-los. Assim, não apenas limitar uma realidade, ou promover melhorias, é o seu objetivo, mas, transformar continuamente a sociedade em busca de uma democracia realmente efetiva, por meio da igualdade. (BEDIN, 1998; MORAIS, 1996; SARLET, 2003)

É com a noção de Estado Democrático de Direito, [...], que liberalismo e democracia se interpenetram, permitindo a aparente redução das antíteses econômicas e sociais à unidade formal do sistema legal, principalmente através de uma constituição, onde deve prevalecer o interesse da maioria. (MORAIS, 1996, p. 84).

É possível ver que a relação entre Estado e direitos humanos compreende uma complementariedade, ao mesmo tempo que o Estado é modificado pelos Direitos Humanos, se figura como o garantidor deles. E esta relação evolui conforme demandam os anseios sociais, pois:

Como se vê, há uma realidade mutante nos direitos humanos que implica a passagem das *liberdades* para os *poderes* e, por ora, para *solidariedades*, sem que isto signifique que a emergência de uma nova geração imponha o desaparecimento, ou mesmo, o enfraquecimento, da anterior. (MORAIS, 1996, p. 164).

Nesse sentido, as reivindicações em prol de melhores condições de vida, equidade social e solidariedade intergeracional passam a fazer parte do cotidiano de muitas sociedades. Contudo, essas reivindicações operam-se em num contexto de globalização, cercado por incertezas, alta complexidade, avanços tecnológicos, desigualdades e acentuada velocidade de fluxos (de pessoas, de bens e de ativos financeiros).

A globalização e suas mudanças paradigmáticas

Assim como o surgimento do Estado moderno, na realidade fática, levou à ressignificação de muitos dogmas, trazendo uma grande reviravolta de paradigmas teóricos; na contemporaneidade temos outro evento que vem desafiando as concepções paradigmáticas até anteriormente amplamente aceitas e pragmaticamente sustentáveis: a globalização!

Se dê de o iluminismo as concepções de poder e direitos podiam ser pensadas, apesar de pretensões universalistas — tais como a declaração “universal” de direitos de 1789, que era válida somente na França — com os olhos apenas voltados para o âmbito estatal, sem cometer o equívoco de grandes distanciamentos da realidade no que diz respeito às contextualizações teóricas e a efetivação de formalidades normativas: esta não é mais a realidade.

Assim como formula Octávio Ianni, este circunscricionamento “(...) tem sido uma constante nas ciências sociais: a história moderna e contemporânea tem sido vista como uma história de sociedades nacionais, ou Estados-Nações.” (IANNI, 1996, pg. 26). Mas, o mudo em que pensavam os contratualistas está longe de refletir aquilo que se apresenta na sociedade atual. A crescente evolução tecnológica cada vez mais exponencial, que acelera os meios de transporte, que torna instantânea a comunicação, e coloca os seres humanos no mundo não mais como comunidades isoladas, mas, como uma “comunidade” global, torna não apenas as tendências tecnológicas rapidamente ultrapassadas, as leituras do mundo, da sociedade e do poder também (IANNI, 1996).

Neste sentido, para pensar a relação entre Estado e direitos humanos na atualidade, não basta simplesmente contemplar a capacidade de efetivação destes direitos por parte do Estado, ou a abrangência teórica apenas num modelo de sociedade. Pois, estamos em constante intercambio com as demais localidades do globo. Aquilo que poderia ser perfeitamente relacionado com uma determinada realidade se torna insípido se não levar em conta, quando ir de encontro com a realidade, as influencias, interferências,

intersubjetividades que são construídas na esteira da globalização e tem interferência substancial no paradigma local (IANNI, 1996).

No que tange aos direitos humanos acontece um duplo movimento. Saindo de uma visão idealista (aspecto predominante nas relações internacionais do entreguerras, mas, que desmorona com a grande demonstração de ineficácia exposta pelo estourar da segunda guerra) encontraremos a concretização da declaração universal dos direitos humanos, com um rigor mais pragmático – desta forma um grande ganho. Entretanto, no mesmo impulso de internacionalização, veremos – de forma mais marcante com o fim da guerra fria – a fragilização da soberania do Estado; movimento que pode significar uma perda na medida que, querendo ou não os Estados estão mais próximos da efetivação dos direitos. (BOBBIO, 1992; IANNI, 1996; SARLET, 2003; BEDIN, 2011)

Com o movimento de proteção dos direitos do homem a nível internacional, sem dúvidas, acontece a solidificação dos direitos humanos. Onde deixa de ser uma pretensão os homens terem direitos, pois, diferente das anteriores declarações, esta não é uma convecção local reduzida a cidadãos franceses, americanos, ou ingleses, mas realmente uma regulamentação que alça voos internacionais rumo a humanidade, sendo possível dizer que:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade. (BOBBIO, 1992, pg. 26)¹¹

No sentido contrário, na alçada da globalização, o Estado perde força, dividindo seu espaço com as organizações internacionais e os demais poderes crescentes no contexto da mundialização.

¹¹ No sentido da declaração de Bobbio, é importante considerar, também, que, esta imposição, de certa forma “ocidentalizante”, de uma Declaração Universal de Direitos Humanos que originalmente é votada por apenas 48 países, não deixa de ter um traço hegemônico que causa controvérsias e carrega suas críticas. Entretanto, de um ponto de vista pragmático não há como negar o seu teor revolucionário. Sendo que hoje, com a declaração amplamente ratificada, é praticamente impossível de se voltar atrás e desconsiderar o ponto de vista hegemônico.

É claro que não se apagam o princípio da soberania nem o Estado-nação, mas são radicalmente abalados em suas prerrogativas, tanto que se limitam drasticamente, ou simplesmente anulam, as possibilidades de projetos de capitalismo nacional e socialismo nacional. (IANNI, 1996, pg. 34)

Sistemas planejados ficaram na história, ou, pelo menos, espreitam a iminência de seu fim. Assim, precisam ser considerados, no casamento entre os direitos humanos e o Estado contemporâneo, tendências ao adultério. Tanto no sentido de influências hegemônicas de outras nações, que visão apenas seu próprio benefício, quanto em relação a aceitações de exigências por parte de corporações internacionais, amplamente fortalecidas pela internacionalização do capital, se veem influências da globalização; nas duas situações instrumentalizando o Estado (IANNI, 1996).

É claro que “(...) a efetivação dos direitos humanos encontra-se, ainda, e principalmente, na dependência da boa vontade e da cooperação dos Estados individualmente considerados (...)” (SARLET, 2003, pg. 37). Obviamente, o âmbito local é onde os direitos humanos encontram o problema da sua eficácia, fortalecida em certo sentido pelas grandes convecções, mas, num duplo movimento, enfraquecida, pela fragilização do meio através do qual chegam à concretização.

A relação entre Estado e direitos humanos na atualidade

Será o fim do Estado? Talvez..., mas não hoje. É importante ter em mente que a atual forma como se compreende e se vai de encontro as relações de poder, tanto para a busca de direitos quanto para assegurar a efetivação dos que já se tenha (ao menos formalmente) conquistado, está passando por uma grande revolução. Tanto que, já na virada para o século XXI, Ianni enxergava esta realidade, expressando que: “(...) a ruptura geo-histórica que desvenda a globalização do mundo, no final deste século, prenunciando configurações e movimentos do século XXI, revela-se não só um evento heurístico, mas uma ruptura epistemológica.” (IANNI, 1996, pg. 44)

Além disso, a instrumentalização do Estado para objetivos que vão de encontro a aquilo que se espera ser sua finalidade, retarda e até anula as ações positivas. Neste sentido como constata Bobbio:

(...) a maior parte dos direitos sociais, os chamados direitos de segunda geração¹², que são exibidos brilhantemente em todas as declarações nacionais e internacionais, permaneceu no papel. O que dizer dos direitos de terceira e quarta geração? A única coisa que até agora se pode dizer é que são expressões de aspirações ideais, às quais o nome de ‘direitos’ serve unicamente para atribuir um título de nobreza. (BOBBIO, 1992, pg. 9)

Ao se abordar a tratativa dos direitos humanos faz-se necessário conceber tais movimentos. Tanto no sentido positivo como negativo. Embora a construção histórica destes direitos seja peremptória e desague na atualidade do Estado Democrático de Direito, a sua realidade – que passa pela pelo plano da eficácia do positivado – carrega inúmeras dificuldades.

Mesmo a internacionalização do Direito trazendo influências sobre os ordenamentos locais, alguns países conservam posições retrogradadas. E também, certos direitos, como os direitos do trabalho, necessitam de realidades econômicas prósperas para serem plenos, algo que não se faz presente em todos os Estados. (JULIUS-CAMPUZANO, 2013)

Logo, a maior necessidade da atualidade provavelmente não seja a aceitação teórica dos Direitos Humanos, mas, a sua efetivação. Pois, ao que se percebe, ao abordar a problemática da qual reveste-se o matrimônio entre Estado e direitos humanos “Trata-se de um problema não filosófico, mas político.” (BOBBIO, 1992, pg. 24)

¹² Levando em consideração a opção de divisão que foi empregada neste trabalho, é preciso contextualizar a declaração de Bobbio. As gerações que ele faz referência aqui devem ser entendidas como uma geração a frente do que ele nomeia, pois, na divisão que já foi apresentada anteriormente os direitos políticos (de participação no Estado, como as eleições) foram desmembrados em uma geração própria. Portanto Bobbio, no contexto deste artigo está se referindo a terceira e uma quarta e quinta geração. Os direitos sociais, solidários e novos direitos, os últimos (novos direitos) que na argumentação que empregamos são percebidos apenas de forma subentendida – fato que não os desmerece, apenas reforça o fato de que são mais frágeis e uma luta que ainda deve ser terminada, precisa-se ainda mais defende-los.

Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 1992, p. 25).

Trata-se de tornar possível “a articulação de um sistema de garantias que permitem conformar a realidade com as exigências normativas.” (JULIUS-CAMPUZANO, 2013, p. 71). Como pretende o Estado Democrático de Direito, não apenas reformar o que já está estabelecido, mas, transforma-lo.

No entanto, o que se percebe na leitura dos atos institucionais da atualidade é uma dificuldade na internalização destes conceitos, onde não há o interesse em solidificar uma cultura dos direitos humanos, apenas a visão “estreita, jurídico-formal pós-violatória, no sentido de que parece que os direitos humanos só são importantes uma vez que violados.” (RUBIO, 2013, p.300)

Uma visão reduzida dos direitos humanos não pode ser admissível no atual Estado (Democrático de Direito), justamente por toda a trajetória que a construção e estabelecimento destes conceitos representa. Implementar teórica e factualmente os direitos humanos não se refere apenas a aceitação de convenções extranacionais, mas, é o caminhar natural de uma trajetória que se inicia com a própria emergência do Estado moderno, no sentido de que ele é o despontar da busca pela liberdade, pela ampla realização humana, desimpedida de arbítrios degradantes e amparada na busca da construção de uma realidade possibilitadora de melhores perspectivas para o homem.

É imperativo que a relação entre Estado e direitos humanos fuja da apatia, que faça jus a toda a trajetória inter-relacionada que manifesta. Neste sentido, entra a busca por uma cultura onde tais direitos não sejam vistos apenas como abstratos, mas, como factualmente indispensáveis. Infelizmente:

Parece que há uma cultura de impotência que, sob a desculpa desse abismo entre o dito e o feito, adota a atitude de seguir deixando as coisas como estão. Possivelmente nos convém manter essa diferença para consolidar e reforçar uma cultura de direitos humanos demasiadamente reduzida e simplista que tanto na superfície como no fundo convém a quem, realmente, prefere conviver descumprindo, destruindo e/ou ignorando os direitos humanos. (RUBIO, 2013, p.315).

Além de pura normatividade, a agenda humanitária do Direito “[...] têm mais a ver com processos de luta por abrir e consolidar espaços de liberdade e dignidade humanas.” (RUBIO, 2013, p.321). Mesmo que o Direito seja sempre um perseguidor das demandas sociais, é inegável que ele tem um imenso papel a realizar dentro do Estado Democrático de Direito, e, neste sentido não pode se conformar com atrasos. Deve direcionar, utilizando os dispositivos normativos de forma a tornar peremptória a ação do Estado no âmbito positivo, onde muito se falta (mais ainda no contexto brasileiro), para alcançarmos uma realidade sintonizada com o entendimento teórico – vez ou outra ameaçado, mas, em geral, pacificado sobre o tema.

A busca da cultura humanitária do Direito pode até ser considerada como um meio preventivo de atuação do Poder Judiciário. Agilizando assim o moroso trabalho jurisdicional, e, no estilo das atuações de medição – que cada vez mais se alocam como uma oportuna ferramenta – ajudar a construir um Direito mais efetivo e com boa reputação. Assim: “Quanto maior seja essa cultura sobre direitos humanos, menores serão as demandas que terão de passar pelos tribunais.” (RUBIO, 2013, p.324). Pois, quando combatida esta conformidade com as violações, logo se torna natural o respeito e inaceitável a divergência daquilo que deve ser compatível com uma existência digna.

Considerações finais

Visto que de uma perspectiva de desenvolvimento histórica, tanto no sentido do desenvolvimento teórico como positivo, o conceito de Estado e

de direitos humanos perpetuam uma relação notadamente estreita. Carregando uma intercomplementariedade, uma paradoxal relação onde um (direitos humanos) depende do outro (Estado) para ser implementado, mas, ao mesmo tempo, o outro (Estado) depende desse um (direitos humanos) para que alcance o atual estágio de desenvolvimento. Depreende-se, assim, que a contemplação do poder no fenômeno do Estado – principalmente partindo do iluminismo – não pode ser de outra forma senão finalística.

O Estado não pode e não deve ser um fim em si mesmo, mas, um meio pelo qual os ideais democráticos, sociais e comunitários são buscados e implementados. Não há como se conformar com a atual realidade brasileira, onde a desigualdade e a instrumentalização do Estado são desveladas e desculpadas, aceitas e esquecidas. A única forma aceitável de manutenção de uma sociedade baseada em organização normativa, na atual quadra da história, é uma em que os direitos humanos são respeitados, concretizados e quando ainda não realizados, buscados com todas as forças.

Neste sentido entra o papel do Direito e, assim, também dos juristas – de fato estes os sujeitos operadores daquele – com o dever de desenvolver a cultura dos direitos humanos, no seu ambiente de trabalho e tanto quanto possível transpassando à comunidade. Consequentemente, também, empoderando a sociedade para a cobrança de seus direitos. No intuito de que aquilo que a política tem pouca vontade em enxergar seja claramente exposto pelo Direito, assim, concretizando o dever normativo que vem se construindo desde a Magna Charta Libertatum, para que não sejamos escravos do poder. Desta forma, indo além de uma “ditadura democrática” instrumentalizada, para, pragmaticamente, construir uma sociedade livre, justa e solidaria.

Esta é a esperança, para que como coloca Bobbio (1992), não tenhamos que recorrer mais aos meios de revoluções, redirecionamentos violentos do poder, que tão altos custos humanos exigem. Ademais, meios estes, que já foram utilizados inúmeras vezes na história e nos deixaram

um imenso legado, basta que lembremos de voltar vistas a ele e saibamos valorizá-lo.

Referências

BEDIN, Gilmar Antonio. **OS DIREITOS DO HOMEM E O NEOLIBERALISMO**. Ijuí: Editora Unijuí, 1998.

BEDIN, G. A. **A SOCIEDADE INTERNACIONAL CLÁSSICA: Aspectos Históricos e Teóricos**. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

BEDIN, G. A. **A IDADE MÉDIA E O NASCIMENTO DO ESTADO MODERNO**. Ijuí: Editora Unijuí, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A ERA DOS DIREITOS**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

IANNI, Octavio. **TEORIAS DA GLOBALIZAÇÃO**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

JULIOS-CAMPUZANO, Afonso de. **Pluralismo Jurídico e a Constituição na Ordem Global**. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; NETO, Alfredo Copetti. Org(s) **ESTADO E CONSTITUIÇÃO: A internacionalização do Direito a Partir dos Direitos Humanos**. Ijuí: Editora Unijui, 2013.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do Direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1996.

RUBIO, David Sanchez. **Uma Perspectiva Crítica Sobre Democracia e Direitos Humanos**. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; NETO, Alfredo Copetti. Org(s) **ESTADO E CONSTITUIÇÃO: A internacionalização do Direito a Partir dos Direitos Humanos**. Ijuí: Editora Unijui, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

“Ser ou não ser”: suicídio, direito a saúde mental e as políticas públicas

*Rodrigo Tonel*¹

*Janaína Machado Sturza*²

Introdução

Até onde tem-se conhecimento, nossa existência – a existência humana, é limitada, ou seja, não podemos viver eternamente, uma vez que nosso corpo físico está condicionado a viver temporariamente devido a fatores biológicos. Morrer é um processo natural da vida, assim como nascer é um acontecimento natural para iniciar o ciclo de vida de um ser vivo.

Todavia, enquanto um nascimento é muitas vezes celebrado com felicidade, a morte é vista com tristeza e geralmente evitada com todos os esforços. Todo ser vivo está destinado a morrer no final de sua vida. Assim, todos nós nascemos, crescemos e vivemos sabendo que um dia morreremos. É verdade que podemos adiar nossa morte através das tecnologias que temos, através de medicamentos e tratamentos, mas não podemos evitar, eternamente, a morte.

No entanto, a partir deste cenário, eis que podemos enfrentar a possibilidade de acabar com nossas vidas – não mais através da morte por

¹Pesquisador. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES; Mestrando do Programa de Pós-graduação Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos da UNIJUÍ. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos -CNPq. E-mail: tonelr@yahoo.com;

²Pós doutora em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). E-mail: janasturza@hotmail.com

causas naturais ou situações inevitáveis, mas através do suicídio enquanto ato intencional de matar a si mesmo.

Neste contexto, o presente artigo objetiva fomentar a reflexão acerca do fenômeno do suicídio e o crescente aumento de sua ocorrência na sociedade contemporânea, estabelecendo uma interlocução com o adoecimento da humanidade, especialmente na perspectiva do direito à saúde mental. Discute-se, igualmente, a importância de políticas públicas voltadas a sua prevenção e decorrente proteção ao direito humano à saúde e conseqüentemente à vida.

Atualmente, o fenômeno do suicídio destaca-se nas pautas de debates na ceara da saúde pública e, mais especificamente, da saúde mental, no sentido de identificar as principais causas que levam as pessoas a abreviação de sua existência. De igual modo, os debates seguem na tentativa de se construir um entendimento acerca dos temas que envolvem os limites da existência humana e por conseqüência o suicídio, tais como a autonomia e liberdade do ser humano em dispor ou não pelo seu corpo físico, ou seja, as discussões relativas ao direito à vida e à morte e a liberdade de escolha e/ou opção voluntária do indivíduo pela morte, frente a intervenção do Estado na vida do indivíduo, mediante o dever de proteger a vida.

Assim, portanto, a discussão envolta ao tema ora proposto encontra sua relevância nos campos do direito à saúde, do biodireito e das políticas públicas, além da contribuição jurídica e social no que diz respeito a construção dos fundamentos e marcos teóricos e normativos – afinal, o suicídio deve ser um tema de análise multidisciplinar, especialmente diante do preocupante aumento das taxas de mortes providas deste fenômeno.

Desta forma, através do método hipotético dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, verificou-se como essencial e urgente iniciativas de formulação e implementação de políticas públicas de prevenção a este fenômeno, as quais devem ser propostas sob um olhar multifatorial e multicausal, levando-se em consideração aspectos sociais, políticos, midiáticos, culturais e até mesmo religiosos, e, sobretudo, alicerçadas em

acepções do biodireito e do direito à saúde mental, no intento de resguardar a vida e a própria espécie humana.

1 A inexpugnabilidade da morte: argumentos sobre um evento inadiável

A morte é, por natureza, um acontecimento inexpugnável. Um evento inadiável. Nossa vida se assemelha a lógica da ampulheta, isto é, da mesma forma que a areia da ampulheta vai escoando vagarosamente até que esteja completamente transpassada para a outra face do artefato, assim também acontece com a vida. Somos condenados a um tempo de vida. Findado este tempo, então, não nos resta mais nada a não ser a morte. Para a maioria das pessoas, a areia da ampulheta da vida escoava naturalmente até o seu fim. Já, para algumas pessoas – e não poucas – a areia da ampulheta da vida escoava mais rápido do que naturalmente escorreria devido a interferência e interesse do indivíduo, ou seja, sua vida acaba antes do que outrora naturalmente acabaria e, aqui, a referência é ao suicídio.

A morte sempre foi considerada um acontecimento misterioso e enigmático para os seres humanos, sendo que, as religiões, as crenças, as concepções filosóficas e a própria ciência tentam explicá-la, mas nunca conseguem, de fato, decifrá-la. O fato é que, para a grande maioria da humanidade, a morte é vista como algo ruim. Mas, seria este acontecimento realmente algo que possa ser considerado como ruim?

Por uma perspectiva filosófica, a morte não pode ser ruim para a pessoa que morreu, ela é ruim para aqueles que continuam vivos, ou seja, as pessoas que amavam o morto como familiares e amigos. Para estas pessoas a morte representa algo ruim justamente porque impossibilita a continuação ou permanência de um vínculo de interação que outrora dispunham com aquele que no presente momento se encontra morto (KAGAN, 2012).

Alguns dirão que a morte é ruim para aquele que morre. Notadamente que, neste aspecto, não estamos discutindo o processo de

morrer/morte. Até porque neste, é mais fácil de identificar se é bom ou ruim. Poderíamos citar o exemplo de um indivíduo que é atacado por ferozes e famintos tigres de bengala e, por consequência, tem os membros de seu corpo despedaçados, resultando, por fim, em seu óbito. Obviamente que, numa situação assim, o processo de morte pode ser considerado ruim, isto porque ser despedaçado por tigres até a morte é, sem sombra de dúvida, um processo muito doloroso. Por outro lado, poderíamos ter um processo de morte que pode ser considerado bom. É o caso, por exemplo, de um indivíduo que morre dormindo sem sentir dores ou agonias.

Contudo, este não se traduz no âmago da discussão que aqui propomos. O que queremos refletir é se a morte é ruim ou boa. Neste sentido, portanto, poderíamos dar enfoque no indivíduo que está morto. Seria a morte ruim para aquele que está morto?

Se partirmos do pressuposto de que todo aquele que está morto já não mais existe, então a morte não pode ser considerada nem ruim e nem boa. Teríamos que mudar a pergunta e indagar: Seria a não existência ruim para aquele que já não existe mais?

Ora, para uma não existência não há que se falar em dor e prazer, tristezas e alegrias, derrotas e vitórias. Esses valores só acontecem para aquele que existe. Então, como a morte e/ou não existência pode ser ruim ou boa? Para Kagan (2012, p. 212, tradução nossa), “[...] o que é ruim em estar morto é que você não consegue mais experimentar e aproveitar as várias coisas boas da vida”.

A essa perspectiva e/ou argumento, daríamos o nome de *deprivation account*, ou conta de privação (KAGAN, 2012). Para Kübler-Ross (1975) é e sempre será muito difícil aceitarmos a morte. Até mesmo para aquelas pessoas que aprenderam a aceita-la como parte integral do ciclo da vida.

Para Lucretius (n.d.), o período logo após nossa morte não é o único período que simboliza ou se traduz em uma não existência. Existe um outro período de não existência. Basta refletirmos um pouco e perceberemos que se trata de um período pretérito ao nosso nascimento, ou seja, antes

de nosso nascimento não existíamos. Até mesmo, talvez, um infinito período de não existência. Assim, se pelo pressuposto do *depravation account* a morte é considerada ruim porque nos priva de continuarmos aproveitando as coisas boas da vida, por que, então, não questionamos esse período quase que infinito ou eterno de não existência antes de nosso nascimento? Porque se a morte nos coloca de volta naquela condição de não existência a que estávamos submetidos antes de nosso nascimento, então, qual o problema com a morte?

Aparentemente, não há nada ruim acerca da eternidade de nossa não existência antes de nosso nascimento. Assim, por este seguimento, se não há nada de errado com a não existência antes de nosso nascimento, analogicamente, não há nada de errado com a não existência pós morte (LUCRETIUS, n.d.).

Para Kübler-Ross (1975, p. 5, tradução nossa), “a morte é parte integrante da vida, tão natural e previsível quanto nascer. Mas enquanto o nascimento é motivo de celebrações, a morte tornou-se uma questão temida e indecifrável a ser evitada por todos os meios possíveis em nossa sociedade moderna”.

Contudo, não é bem assim. Tratamos diferentemente e assimetricamente estes dois polos de não existência justamente porque quando morremos deixamos de viver, isto é, perdemos algo que tivemos – nossas vidas –, ao passo que, durante o período que antecede nosso nascimento, ainda não tivemos a oportunidade de vivenciar ou experimentar a vida para, então, concluirmos que sua perda é algo ruim.

Tomando por premissa o argumento do *depravation account*, de que a morte é ruim porque nos priva das coisas boas da vida, então, seria a solução a imortalidade? Aqui, igualmente, entraríamos em uma longa discussão filosófica. Mas sabendo que uma das alternativas frente a morte seria a de vivermos para sempre, teríamos que pesar se a imortalidade seria algo bom ou ruim. E, se chegássemos a conclusão de que, por exemplo, a imortalidade fosse algo ruim, então a morte seria algo bom, na medida em que nos salvaria da imortalidade (KAGAN, 2012). Já para Szasz

(2011, p. 6, tradução nossa), “[...] não há objetivamente "boa morte" ou "morte ruim"; só há morrer - ou viver - considerada "boa" ou "má", de acordo com os valores da pessoa que faz o julgamento”.

Nesse sentido, importante se faz destacar que nesta reflexão sobressalta a ideia e o exercício de liberdade no que diz respeito às vidas e corpos, afinal, morrer ou viver, sob a perspectiva do suicídio, está diretamente relacionado à liberdade de dispor do próprio corpo.

2 Liberdade de dispor do próprio corpo: viver ou morrer?

Na sociedade ocidental contemporânea onde a ideia e exercício de liberdade é um fator característico e muito aparente, a maioria das pessoas presumem serem autônomas e soberanas no que diz respeito às suas vidas e corpos. Assim, por exemplo, quando alguém é assassinado, se destaca que esse mesmo alguém foi privado de seu direito à vida. Contudo, quando alguém se suicida, frequentemente se diz que isso se sucedeu em razão de que este indivíduo provavelmente sofria de algum tipo de doença mental. Entrementes, neste último caso, não estaria este indivíduo exercendo seu direito de *auto propriedade*? Não estaria ele constituído de liberdade para dispor de sua própria vida e de seu corpo, e fazer o que bem entender com sua existência diante daquela premissa?

Já dizia John Stuart Mill (1859, p. 13, tradução nossa) em sua obra *On Liberty*, “[...] sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano.”

Na definição Durkheimiana, “[...] *chama-se suicídio todo o caso de morte que resulta direta ou indiretamente de um ato, positivo ou negativo, realizado pela própria vítima e que ela sabia que produziria esse resultado.* (DURKHEIM, 2011, p. 14, grifo do autor).

Muitas pessoas parecem inaptas a entenderem ou aceitar o fato de que algumas pessoas escolhem morrer por seu próprio desejo e vontade, e por seus próprios meios. Para aquelas o suicídio é resultado de distúrbios

mentais, ou seja, não se leva em consideração a hipótese de acidente, patriotismo, heroísmo, auto sacrifício, ou até mesmo uma forma de martírio, dentre outras. Com isso, se percebe que tudo fica rotulado a doenças mentais (SZASZ, 2011).

De acordo com Szasz (2011, p. 8, tradução nossa), “[...] como qualquer ação humana, o suicídio pode ser considerado bom, ruim ou indiferente; elogiado ou condenado; recomendado ou proibido; ou aceito como aceitamos o clima.”

Para Hillman (2009), a interferência da justiça interpessoal ou justiça social em detrimento da justiça pessoal sempre esteve muito aparente no decorrer de toda a história do direito, principalmente, no ocidente. Isso porque, a lei não reconhece o suicídio como um direito, ou uma liberdade de escolha proveniente da autonomia e soberania do indivíduo sobre o seu corpo. Os seres humanos são o principal elemento constituinte do corpo social e, nesta lógica, cada vez que um ser humano se suicida, analogicamente, se poderia dizer que um membro desse corpo social é amputado, por isso, o suicídio é algo repudiado pela sociedade e pelo Estado. Com isso, “[...] a lei não estabeleceu um tribunal que aceite petições de suicídio, de modo que não há maneira de se optar por morte, a não ser infringindo a lei. O suicida é culpado e não pode jamais provar sua inocência.” (HILMAN, 2009, p. 39). Entrementes, sob este prisma a lei nos obriga a viver, mesmo em desacordo com nossas vontades, e isso revela que nossa liberdade é limitada, ela não é plena.

Obviamente que morrer implica efeitos nos variados ramos do Direito. Atemo-nos ao Direito Penal por um momento. Até 1961, o suicídio sempre foi considerado um crime para a maioria das nações. Sempre fora justificado e comparado com o homicídio, uma espécie de auto homicídio (MINOIS, 2018). Para a maioria das nações o ato de matar alguém sempre foi considerado um crime e, normalmente, se tem uma respectiva dosagem punitiva. Contudo, existem situações em que matar alguém não incorre em um crime e, em alguns casos, não há aplicação de penalidades,

ou as penas podem ser consideravelmente reduzidas. Os exemplos clássicos aqui seriam o instituto da legítima defesa, o homicídio culposo, o estado de exceção, entre outros. Contudo, o suicídio sempre fora considerado um crime injustificável. Isso nos leva a compreensão de que, “[...] pode-se matar outras pessoas de muitas maneiras e sob muitas alegações sem se transgredir a lei; mas não se pode nunca, sob hipótese alguma, matar-se de maneira justificável ou desculpável”. (HILLMAN, 2009, p. 39). A exceção, entretanto, se dava somente para aquele indivíduo que sofresse de algum tipo de distúrbio mental, que o incapacitasse de raciocinar e de tomar decisões em sã consciência, justamente porque se demonstrava inapto e incompatível a aceitação e observação de um contrato social firmado essencialmente pela razão. Na sociedade contemporânea, no entanto, poucos países ainda matem o suicídio e a tentativa como um crime tipificado (MISHARA, WEISSTUB, 2016).

Agora, por quais razões as pessoas se matam? Normalmente, porque a vida está tão ruim que não mais vale a pena ser vivida. E, portanto, se já não mais vale a pena ser vivida, parece ser melhor morrer. É certo que, cada pessoa tem suas próprias razões ao optar pela morte.

Na tentativa de explicar o porquê as pessoas se suicidam, Szasz (2011), irá comparar o suicídio como uma forma de emigração, isto é, o indivíduo que se suicida, ele está emigrando da terra dos vivos para a terra dos mortos. Ele deixa para trás sua família e sociedade, e sabemos que isso não é uma decisão impensada e tranquila, pelo contrário, quando alguém deixa sua família e o ambiente onde vive para ir residir em uma outra terra, com costumes diferentes, com pessoas diferentes e até mesmo com um idioma diferente, toda essa separação traz muita dor e tristeza.

Pensar no suicídio como uma expressão de liberdade é, sem sombra de dúvida, um argumento que pesa bastante. Contudo, se faz necessário mencionar que grande maioria das pessoas que optam pelo suicídio não o fazem como uma expressão de suas liberdades, mas sim, como uma alternativa frente aos variados problemas que as afligem.

Portanto, para a maioria dos casos de suicídio na contemporaneidade, as pessoas não se matam porque querem gozar de suas liberdades, pelo contrário, elas querem continuar vivendo, mas como não encontram alternativas para seus problemas, optam pelo suicídio. Assim, nas palavras de Hume (1777, p. 10, tradução nossa), “[...] eu acredito que nenhum homem jogou fora a vida enquanto ela ainda valesse a pena ser mantida”.

Além disso, frustrações, tristezas e dores também são partes constituintes da vida humana. Só que quando estamos tristes, frustrados ou com dores, nossa capacidade de reflexão é prejudicada consideravelmente. Deste modo, quando optamos pelo suicídio, temos que ter consciência real da decisão que estamos tomando. Se nossa capacidade de discernimento é confundida pela dor, tristeza ou frustração, então, não temos como saber se o suicídio realmente é coisa certa a fazer.

Neste contexto, poderíamos exemplificar com um dos argumentos frequentemente utilizados a fim de justificar os casos de eutanásia, isto é, a ideia de sofrimento insuportável. Isto porque as razões que levam as pessoas a se matarem variam de indivíduo para indivíduo. Em outras palavras, a órbita de subjetividades que corroboram para a constituição psicológica de cada indivíduo é diferente, não são iguais. E, portanto, qualquer pessoa pode entender seu caso próprio como sofrimento insuportável. É difícil, portanto, justificar afirmando que o sofrimento insuportável de um indivíduo não é digno do sofrimento insuportável de outro. Esse argumento é expansivo e pode ser evocado até mesmo para situações onde inexistente real sofrimento insuportável ou não se pode apurá-lo (YUILL, 2013).

Portanto, evidencia-se, nesta conjuntura, que o suicídio é um fenômeno multicausal e multifatorial – em outras palavras, resta claro que o suicídio nem sempre ocorrerá necessariamente por razões patológicas.

3 O adoecimento emocional da humanidade

Nossa sociedade contemporânea é caracterizada pelo progresso quando comparada a períodos pretéritos. De acordo com Pinker (2019, p. 4, tradução nossa), temos

[...] recém-nascidos que viverão mais de oito décadas, mercados transbordando de comida, água limpa que aparece com um estalar de dedo e desperdício que desaparece com outro, pílula que apaga uma infecção dolorosa, filhos que não são enviados a guerra, filhas que podem andar pelas ruas em segurança, críticos dos poderosos que não são presos ou fuzilados, conhecimento e cultura do mundo disponíveis no bolso da camisa [...].

Atualmente, podemos ter em nossa lista de amigos no Facebook personalidades como Jackie Chan, Maicon Jordan, Vandana Shiva, Diego Hypólito, o presidente do Sri Lanka, e até mesmo, alguns dos autores que aqui estamos utilizando para elaborar esta pesquisa! Enfim, isso nos faz perceber as opções múltiplas que temos em mãos com os avanços tecnológicos, especialmente, na área das tecnologias de comunicação.

A tecnologia aliada com a Internet tem facilitado muito nossas vidas. Se, por exemplo, temos interesse em aprender idiomas, basta navegar um pouco e nos depararemos com uma infinidade de cursos online, materiais, aulas etc. Se queremos aprender tocar algum tipo de instrumento musical basta procurar aulas no YouTube ou partituras no Google e, com um pouco de tempo e dedicação, estaremos tocando o instrumento desejado. Quando queremos fazer pesquisas sobre determinado assunto, através da Internet, podemos entrar em centenas de bibliotecas virtuais, periódicos, blogs etc. Os exemplos parecem infindáveis. É fatídico que a tecnologia e a Internet têm revolucionado o mundo nos últimos anos.

De acordo com Pinker (2019), portanto, nossa humanidade experimenta um momento onde nunca em sua história foi registrado um índice tão elevado de progresso, isto é, somos mais felizes, saudáveis, vivemos mais do que nossos antepassados, avançamos para a igualdade de direitos, temos democracia, somos mais informados, estamos mais seguros, não vivemos em um momento marcado por guerras, enfim, nossa condição atual é muito boa.

Contudo, muitos pensadores discordam com essa perspectiva de progresso, afirmando que vivemos em um momento apocalíptico, atribuindo a culpa ao capitalismo tecnológico, o qual, tem amaldiçoado as pessoas, tornando-as extremamente individualistas, egocentristas, consumeristas, materialistas, insensíveis, ostentatórias, atomizadas, entre outros tantos adjetivos (WÜNSCH et al., 2016).

Dentre esses autores, poderíamos citar Bauman (2004), o qual desenvolveu com o conceito de liquidez de nossa sociedade contemporânea, onde afirma, a título de ilustração, que trocamos os relacionamentos reais pelos virtuais, rompemos as relações sociais reais pelas virtuais criando maior isolamento e individualismo entre as pessoas.

Lipovetsky (2007), por sua vez, aponta para uma sociedade de hiperconsumo, que tem como característica principal a busca da felicidade através do consumo de objetos. Consequentemente, esses tipos de compreensões apenas fazem com que as pessoas mergulhem cada vez mais no abismo da solidão.

Com a entrada de tecnologias de comunicação, que, em tese, teriam o condão de fortalecer os laços sociais, dispomos apenas de um ilusório fortalecimento destes laços, pois aquelas produzem o efeito de fragilizá-los. É bem verdade que podemos trazer diversas personalidades em nossas listas de amigos no facebook – como apontamos no exemplo anterior –, no entanto, somos, muitas vezes, rodeados por números virtuais e não por amigos reais.

Outro autor que aponta para o adoecimento emocional da humanidade é o sul-coreano Byung-Chul Han (2015), trazendo a compreensão de uma sociedade que se encontra física e psiquicamente esgotada - *Síndrome do Burnout* -, marcada por uma onda de positividade e perfeccionismo, que leva ao surgimento e a sobreposição de doenças neurológicas sobre os demais tipos de doenças epidêmicas. Isso tudo contribui decisivamente para a intensificação do fenômeno do suicídio em nossa sociedade contemporânea.

Ademais, basta checarmos o site da Organização Mundial da Saúde, para observarmos que, atualmente, cerca de quase um milhão de pessoas se suicidam todos os anos. Para sermos mais precisos o número gira em

torno de 800.000 mil óbitos de suicídio por ano, isto é, o mesmo que um suicídio a cada 40 segundos. Ainda assim, existe a indicação de que a cada 1 suicídio consumado, outros 20 foram tentados. O suicídio pode ocorrer em qualquer momento da vida, todavia, encontra-se em segundo lugar no ranking das causas de morte entre jovens de 15 a 29 anos no mundo (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2018). Os números são, inegavelmente, alarmantes. No entanto, a referida fonte sugere que grande maioria desses suicídios poderiam ser evitados.

No caso brasileiro, entre os anos de 2007 e 2016, foram registrados cerca de “[...] 106.374 óbitos por suicídio. Em 2016, a taxa chegou a 5,8 por 100 mil habitantes, com a notificação de 11.433 mortes por essa causa.” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018, n.p.).

No Brasil, observamos uma acentuada diferença com relação ao gênero. De acordo com o Ministério da Saúde (2017), o suicídio é a terceira principal causa de morte entre pessoas do sexo masculino, e a oitava principal causa de morte entre pessoas do sexo feminino.

Além disso, de acordo com Jaen-Varas et al. (2019), no Brasil, o fenômeno do suicídio aumentou em 24% entre os adolescentes brasileiros que residem em grandes cidades, e no geral 13%, dos anos de 2006 a 2015. As razões principais desse aumento do suicídio no Brasil são as mudanças socioeconômicas dos últimos anos, o excessivo uso da Internet e falta de políticas públicas de prevenção. A utilização indiscriminada da Internet, principalmente, no que diz respeito, a participação e exposição assídua de adolescentes em redes sociais aumenta a sensação de isolamento e pode estimular os adolescentes ao suicídio.

Esse isolamento e entristecimento da humanidade configura o suicídio Durkheimiano chamado egoísta, porque enfraquece os laços que unem o indivíduo a sua sociedade. Ele representa um afrouxamento da estrutura social, ou seja, a fragilização dos laços grupais que nutrem o corpo social. Ele é responsável pela desintegração social, ferindo as balizas sociais e, conseqüentemente, desestruturando a sociedade. Assim, tal fenômeno é

considerado um inimigo da sociedade e, portanto, sua ocorrência deve ser prevenida e evitada.

A prevenção, então, seria basicamente trazer de volta ao grupo social aquele indivíduo que se afastou. Isso porque, o isolamento individual para fora do grupo social é a determinante que leva o indivíduo a tendência suicida. Deste modo, a prevenção sociológica do suicídio é o fortalecimento grupal. *Juntos somos mais fortes, juntos tornamo-nos imunes ao suicídio.*

Assim, portanto, a prevenção do suicídio deve ser tratada na coletividade, sem esquecer, entretanto, das ações voltadas a implementação e fortalecimento das políticas públicas de proteção à saúde mental, e, por consequência, à vida.

4 Suicídio, direito à saúde mental e políticas públicas: realidade e perspectivas futuras

Sabemos da barbárie que ocorreu na década de 1960, no Centro Hospitalar Psiquiátrico de Barbacena, mais conhecido por Hospital Colônia, resultando na morte de cerca de 60 mil pessoas, além dos abusos incommensuráveis que os pacientes daquele lugar sofreram e, que, mais tarde ganhou o pseudônimo de *Holocausto Brasileiro* (ARBEX, 2013).

A partir daí, com a reforma psiquiátrica brasileira através anuência do nosso país na Declaração de Caracas de 1990, isto é, documento que serve de marco para as reformas em atenção na saúde mental nas Américas (DECLARAÇÃO DE CARACAS, 1990), que culminou com o advento da Lei N.º 10.216 de abril de 2001 – mais conhecida por Lei Antimanicomial – que dispõe sobre a proteção e preservação aos direitos daqueles indivíduos acometidos por transtornos mentais (BRASIL, 2001) e, posteriormente, em ações mais práticas como é o caso da Resolução n.º 3.088 de 23 de dezembro de 2011, com a instituição da Rede de Atenção Psicossocial – RAPS -, que vem a dar amparo para os indivíduos que manifestam algum tipo de sofrimento mental, assim como, adicionalmente, para aqueles com necessidades decorrentes do uso de drogas e álcool (BRASIL, 2011).

Ademais, campanhas como o janeiro branco, que é dedicada a fortalecer as discussões que giram em torno dos temas relacionados a Saúde Mental, buscando sensibilizar as mídias, poderes públicos e privados, bem como, a sociedade no geral, a respeito da importância de “[...] políticas públicas, recursos financeiros, espaços sociais e iniciativas socioculturais empenhadas(os) em valorizar e em atender as demandas individuais e coletivas, direta ou indiretamente, relacionadas aos universos da Saúde Mental.” (JANEIRO BRANCO, n.d., n.p.).

Do mesmo modo, o setembro amarelo, campanha de prevenção ao suicídio que ocorre no mundo todo, sob o slogan *Falar é a melhor solução!*, com o objetivo de abrir espaço para a discussão da temática e suas formas de prevenção (SETEMBROAMARELO, 2019).

A política Nacional de Saúde Mental, portanto, é uma ação do governo federal em prol daquelas pessoas que sofrem transtornos mentais oriundos de causas diversas, incluindo dependentes de substâncias psicoativas, como são os casos clássicos do uso de drogas e álcool. Fornece a assistência e o acolhimento devidos não só aos doentes, como também, seus familiares.

Em períodos de crises, essas pessoas poderão ser atendidas e/ou internadas em um dos Centros de Atenção Psicossocial – CAPS – e, receber os serviços da Rede de Atenção Psicossocial – RAPS, sendo aquele um dos pontos que compõem esta.

Dentro do viés jurídico, recentemente, o governo federal sancionou a Lei nº 13.819, de 26 de abril de 2019, que cria a Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio. Essa política tem como principais objetivos a preservação da saúde mental e a prevenção a violência auto-provocada. O Art. 3º, em seus incisos, estabelece claramente todo o rol de objetivos. No entanto, para o contexto deste estudo, destacamos a importância dos incisos IV, VI e VII (BRASIL, 2019).

No inciso IV, é possível vislumbrar a previsão de garantia em relação ao atendimento psicossocial daqueles indivíduos que manifestem sofrimento psíquico, bem como aqueles que demonstram ideação suicida, tentativas e automutilação (BRASIL, 2019).

O inciso VI refere-se a ampla informação e conscientização social com o objetivo de sensibilizar a sociedade para a relevância da temática. E, o inciso VII, onde é possível perceber o esforço para a promoção intersetorial de prevenção ao suicídio, ou seja, “[...] envolvendo entidades de saúde, educação, comunicação, imprensa, polícia, entre outras.” (BRASIL, 2019, n.p.).

A referida lei, também, estabelece notificação compulsória sempre que as instituições se depararem com casos possíveis ou concretos de violência autoprovocada. Deste modo, de acordo com o Art. 6º, inciso I, estabelecimentos de saúde públicos e privados deverão notificar as autoridades sanitárias. Aditivamente, no inciso II do referido artigo, estabelecimentos de ensino públicos e privados deverão comunicar ao conselho tutelar. O § 3º do referido artigo, acrescenta que, essa notificação terá caráter sigiloso (BRASIL, 2019).

O Art. 4º preleciona a respeito da manutenção do serviço telefônico fornecido pelo Centro de Valorização da Vida – CVV, qual seja, uma associação civil sem fins lucrativos, fundada em São Paulo no ano de 1973, que “[...] presta serviço voluntário e gratuito de apoio emocional e prevenção do suicídio para todas as pessoas que querem e precisam conversar, sob total sigilo e anonimato.” (CVV, 2019, n.p.). O § 1º do referido artigo, ainda dispõe, que serão adotadas outras formas de comunicação, levando em consideração os meios mais utilizados pela população na atualidade, ampliando ainda mais o serviço com o objetivo de alcançar mais pessoas que estejam necessitando de ajuda.

Cabe, notoriamente, ressaltar que o direito à saúde é reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu Art. 25 (UNITED NATIONS, 1948), na Constituição Federal de 1988, nos Arts. 6º e 196, sendo que, neste último, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Nesse contexto, é possível vislumbrar que

[...] a prevenção do suicídio também é abordada através de vieses sociais e legais. Em outras palavras, o suicídio não é um problema de responsabilidade apenas nas áreas de psiquiatria e psicologia, não se reduz a um mero problema de natureza biológica, mas percorre outras esferas que, conseqüentemente, fazem com que sua prevenção seja dada maneira mais ampla. (STURZA; TONEL, 2019, p. 75, tradução nossa).³

Portanto, a Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio é, sem sombra de dúvidas, um importante passo rumo à prevenção de mortes por suicídio e promoção da saúde.

Conclusão

A saúde é um direito de todos e um dever do Estado. Todavia, a saúde não deve ser confundida simplesmente com a ausência de doenças – seu conceito é muito mais amplo e abrangente, deve ser compreendida como o bem-estar físico, mental e social. Portanto, seguindo este ideário, devemos prevenir o suicídio não somente sob a perspectiva física e mental, através da medicalização e hospitalização do indivíduo suicida, mas também sob a perspectiva social e jurídica, através da formulação e implementação de políticas públicas de saúde mental, capazes de fomentar e indicar determinantes sociais e marcos regulatórios sanitários, que de fato – e não somente de direito, garantam o direito humano à saúde, protegendo a vida e a própria existência humana.

Notadamente, a interpretação equivocada de que todo o suicida é um *louco, pecador* ou *imoral*, causa extrema estigmatização e rotulagens, gerando constrangimentos na vida social, familiar e profissional do indivíduo e, essas situações, ainda contribuem na intensificação da intolerância a sua vida. A sociedade, muitas vezes por falta de informação, ao invés de encontrar meios para prevenir e evitar o suicídio, acaba literalmente atuando como instigadora deste – tudo isso, em algumas ocasiões, aliada à falta de

³ [...] suicide prevention is also approached through social and legal biases. In other words, suicide is not a problem of responsibility only within the areas of psychiatry and psychology, it is not reduced to a mere problem of a biological nature, but rather it runs through other spheres which, consequently, makes its prevention to be given broader way.

conhecimento, sensibilidade e solidariedade. É mister, antes de tudo, reeducar a sociedade.

Ainda assim, diante de todas as dificuldades e desafios, é sempre importante acreditar na mudança, pois quando se amarra alguém – contenção física, através de métodos como o uso da camisa de força, por exemplo, morre com ele(a) sua dignidade. Além disso, para alcançar a qualidade na saúde mental dos indivíduos, é importante que haja acolhimento e amor. Os profissionais de saúde, assim como toda a sociedade, devem *ter orelhas de elefantes e olhos de águia* para dar atenção e suporte aquelas pessoas que necessitam de ajuda. É necessário e urgente, portanto, discutir o tema do suicídio, abandonando o individualismo e incentivando o espírito de solidariedade e cooperação humana.

Portanto, o suicídio, enquanto um fenômeno compreendido como ato intencional de matar a si mesmo, deve ser analisado por uma gama muito ampla de fatores e causas, e sua prevenção, do mesmo modo, há que ser proposta de maneira multifatorial e multicausal. Podemos, assim, prevenir os suicídios através de políticas públicas centralizadas na saúde, no biodireito e na educação, que se voltem a promover cidadania e não intolerância. Nas escolas, trabalhar a valorização da vida. Na mídia, campanhas de esclarecimento. Na saúde, maior capacitação, treinamento e preparo aos profissionais. Na legislação, restringir o acesso a meios letais. São essenciais as iniciativas que comunguem políticas públicas e envolvimento da sociedade, com esforços, práticas e ações governamentais ou não governamentais, que incorporem formas múltiplas de prevenção, como são os casos dos RAPS, dos CAPS, do CVV, das campanhas setembro amarelo e janeiro branco – tudo no intento de combater o adoecimento da humanidade e, por consequência, combater a abreviação da existência humana através do suicídio.

Referências

ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Trad.: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. Disponível em: < http://static.tumblr.com/jhoavtj/8xdooienw/amor_liquido_-_zygmunt_bauman.pdf >.

Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.819, de 26 de abril de 2019**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13819.htm >.

Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 3.088, de 23 de dezembro de 2011**. Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html >.

Acesso em: 07 ago. 2019.

BRASIL. **Lei N.º 10.216 de 6 de abril de 2001**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm >.

Acesso em: 07 ago. 2019.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >.

Acesso em: 12 ago. 2019.

CVV. **O cvv**. Disponível em: < <https://www.cvv.org.br/o-cvv/> >.

Acesso em: 07 ago. 2019.

DECLARAÇÃO DE CARACAS. 1990. Disponível em: < http://www.abrasme.org.br/resoures/download/1358516130_ARQUIVO_DeclaracaodeCaracas.pdf >.

Acesso em: 07 ago. 2019.

DURKHEIM, Émile. **O suicídio**: estudo de sociologia. Trad.: Mônica Stahel. 2º ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

HAN, Byung-Chul. **The burnout society**. Stanford, California: Stanford University Press, 2015.

HILLMAN, James. **Suicídio e alma**. Trad.: Sônia Maria Caiuby Labate. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

HUME, David. **On suicide**. England: Penguin Books - Great Ideas, 1777.

JAEN-VARAS, Denisse. et al. **The association between adolescent suicide rates and socio-economic indicators in Brazil**: a 10-year retrospective ecological study. Brazilian Journal of Psychiatry, Feb 18, 2019. Disponível em: < <http://www.scielo.br/scielo> >.

php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462019005003105&lng=en&nrm=iso#B03>.

Acesso em: 05 ago. 2019.

JANEIRO BRANCO. **Janeiro branco**: por uma cultura da saúde mental. Disponível em: < <https://janeirobranco.com.br/projeto-janeiro-branco/>>. Acesso em: 08 ago. 2019.

KAGAN, Shelly. **Death**. New Haven and London: Yale University Press, 2012.

KÜBLER-ROSS, Elisabeth. **Death**: the final stage of growth. New Jersey: A Spectrum Book, 1975.

LIPOVETSKY, Gilles. A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. Trad.: Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LUCRETIUS. **On the nature of things**. Trad.: Cyril Bailey. Disponível em: < http://files.libertyfund.org/files/2242/Lucretius_1496_Bk.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2019.

MILL, John Stuart. **On liberty**. 1859. Disponível em: < <https://eet.pixel-online.org/files/etranslation/original/Mill.%20On%20Liberty.pdf>>. Acesso em: 03, Jun. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Novos dados reforçam a importância da prevenção do suicídio**. 2018. Disponível em: < <http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/44404-novos-dados-reforcam-a-importancia-da-prevencao-do-suicidio>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Perfil epidemiológico das tentativas e óbitos por suicídio no Brasil e a rede de atenção à saúde**. Volume 48, nº30, 2017. Disponível em: < <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/setembro/21/2017-025-Perfil-epidemiologico-das-tentativas-e-obitos-por-suicidio-no-Brasil-e-a-rede-de-atencao-a-saude.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

MINOIS, Georges. A história do suicídio: a sociedade acidental diante da morte voluntária. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

MISHARA, Brian L., WEISSTUB, David N. **The legal status of suicide**: a global review. International Journal of Law and Psychiatry, Volume 44, January-February 2016, Page 54-74. Disponível em: < <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0160252715001429>>. Acesso em: 03 jul. 2019.

PINKER, Steven. **The enlightenment now**: the case for reason, science and humanism. United Kingdom: Penguin Random Science, 2019.

STURZA, Janaína Machado; TONEL, Rodrigo. Suicide in contemporaneity: could public policies reduce the suicide rates in brazil? Revista Direitos Humanos Fundamentais, Osasco, jul-dez/2018, ano 18, n.2, pp. 69-81. Disponível em: < <https://intranet.unifio.br/legado/edificio/index.php/rmd/article/view/1266/pdf>>. Acesso em: 28 set. 2019.

SETEMBROAMARELO. Falar é a melhor solução. Disponível em: < <http://www.setembroamarelo.org.br/>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

SZASZ, Thomas. **Suicide prohibition**: the shame of medicine. New York: Syracuse University Press, 2011.

UNITED NATIONS. Universal declaration of human rights. 1948. Disponível em: < <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Latest data on suicide**. 2018. Disponível em: < http://www.who.int/mental_health/suicide-prevention/en/>. Acesso em: 05 ago. 2019.

WÜNSCH, Vera Lúcia. et al. Bioética, teologia e saúde mental: diretrizes de cuidado e prevenção do suicídio. Revista Iberoamericana de Bioética, n.º 2, 2016. Disponível em: < <https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/7341/8130>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

YUILL, Kevin. **Assisted suicide**: the liberal, humanist case against legalization. New York: Palgrave Macmillan, 2013.

O desprezo como linguagem: infância e adolescência pobres no Brasil sob a ótica da aporofobia

*Schirley Kamile Paplowski*¹

*Anna Paula Bagetti Zeifert*²

1 Introdução

Aportar elementos teóricos que digam respeito à existência da infância e da adolescência no Brasil, com ênfase para aquelas em condição de pobreza, entrecruzando conceitos como *aporofobia*, privação e democracia, e relacionar o impacto futuro que determinadas circunstâncias atuais causam ao sistema democrático, apresentando perspectivas de políticas públicas educacionais ao público infantojuvenil. São esses, pois, os objetivos do presente artigo.

O estudo está relacionado com temas multidisciplinares, que se comprometem com os âmbitos jurídico, político, social e econômico, para abordar a incidência do fenômeno da *aporofobia* no Brasil, com impacto na infância e na adolescência em condições de privação de seus direitos mais elementares. Discute, também, o conceito de pobreza, sugestivamente como

¹ Bacharela em Direito pela UNIJUÍ. Integrante do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos, Justiça Social e Sustentabilidade” (CNPq/UNIJUÍ). Endereço eletrônico: <schirleykamile@hotmail.com>.

² Doutora em Filosofia (PUCRS). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ/Brasil. Integrante do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos, Justiça Social e Sustentabilidade” (CNPq). Coordenadora do projeto de pesquisa “Justiça Social: os desafios das políticas sociais na realização das necessidades humanas fundamentais”. Endereço eletrônico: <anna.paula@unijui.edu.br>.

além do critério econômico. Ademais, alberga os futuros desafios da democracia que dependem da atuação no presente, especialmente a um público: aos meninos e às meninas no país que convivem diariamente com a violação múltipla de seus direitos, de necessidades, de dignidade.

O problema que orienta esta investigação consiste em: como eliminar a privação e fomentar a inclusão social de crianças e adolescentes pobres no Brasil? A hipótese delineada é de que determinados fenômenos necessitam ser enfrentados e superados, como a *aporofobia*, as desigualdades sociais e as privações múltiplas. Pressupõe esse resultado por intermédio do fortalecimento do direito humano e fundamental à educação, por políticas públicas que sejam focadas na universalidade, alcançando todos os grupos e especialmente os submetidos à sua privação, bem como na qualidade, por uma educação transformadora e cidadã, em fortalecimento da própria democracia.

Justifica-se na medida em que a busca de respostas na investigação teórica fortalece a dignidade humana de crianças e adolescentes no Brasil, o respeito aos direitos humanos desses grupos etários, bem como protege o próprio futuro do regime democrático, que depende do conjunto social ativo e participativo para seu fortalecimento e desenvolvimento. Para alcançar tais intuitos, o estudo tem como método o hipotético-dedutivo, com técnica de pesquisa exploratória, compreendendo recursos bibliográficos, literários e artísticos.

2 Um impasse à democracia: aporofobia

O termo *aporofobia* é contemporâneo e foi cunhado por Adela Cortina (filósofa espanhola) para significar aversão e rejeição ao pobre e à pobreza. O tema é discutido na sua recente obra, ainda sem tradução para a língua portuguesa, denominada de *Aporofobia: el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia* (2017). Para que a vida em sociedade cumpra seus propósitos declarados de atender às necessidades e à dignidade humana, Cortina (2017) enfatiza que é imprescindível eliminar esse

fenômeno, que, embora de denominação recente, acompanha muitas experiências históricas.

A autora (2017) explica que a construção de um mundo adequado à condição humana depende da eliminação da aporofobia, bem como da xenofobia, do racismo e da homofobia. Cortina compartilha do posicionamento de autores como Armin von Bogdandy, que analisa a aplicação de institutos jurídicos constitucionais na América Latina. Para von Bogdandy (2015), as questões de desigualdades social são profundas nessa região, resultando na não consideração de pessoas para o sistema legal e para as instituições oficiais. Uma exclusão que resulta das próprias instituições. Defende que o enfrentamento das desigualdades pressupõe o enfrentamento da exclusão, através da inclusão, e neste ponto é que reside a convergência entre o constitucionalista e a filósofa.

Diante desse contexto, em que as declarações dos Estados já preveem, no mais das vezes, vedações à discriminação, Cortina (2017, p. 43) observa o distanciamento prático entre o que se realiza e o que se constrói a partir disso, bem como a indagação que deve ser feita a respeito do porquê o abismo continua sendo produzido.

En el nivel de las declaraciones hablamos de que otro mundo es posible, e incluso que es necesario, porque el que tenemos no está a la altura de lo que merecen los seres humanos. Y yo añadiría que lo que es necesario es posible y tiene que hacerse real. Pero para lograrlo es preciso averiguar por qué se produce ese abismo entre declaraciones y realizaciones, qué es lo que nos pasa que deseamos un mundo y construimos otro. Por qué se habla constantemente de la necesidad de construir democracias inclusivas y, sin embargo, continúa habiendo una cantidad ingente de excluidos.

A assimetria entre o dito e o feito tem sido chamada de debilidade moral (*akrasia*). Essa debilidade reside na consciência do que é melhor e mais benéfico para o agente (por uma perspectiva individual, por exemplo), no entanto, ao agir são adotadas escolhas que levarão à adoção das piores possibilidades. Cortina (2017) leciona que essa debilidade não reside somente em um plano individual, como também no sentido social, pelo

fato das sociedades democráticas refletirem e declararam o que é melhor, mas acabarem por fazer o que traz prejuízos. A isso, Roger Raupp Rios (2008) denomina de discriminação direta na aplicação do direito, quando uma medida é elaborada sem esse intento, mas a execução prejudica certo grupo. Compreende também o que o autor reconhece por discriminação indireta pela negligência, na qual a discriminação se dá como efeito, sem intenção, manifestada pela negligência e pela desatenção.

As explicações para o fenômeno de desprezo ao necessitado encontram algumas versões, como religiosa e biológica. Segundo a primeira, o fato do egoísmo protagonizar-se diante de questões morais, ocorre pela imperfeição humana disseminada pelo pecado original. Atendendo a essa perspectiva, a aporofobia consiste em um fenômeno natural, uma predisposição de aversão aos desamparados. “[...] A pesar de las declaraciones sobre la igual dignidad de todas las personas y sobre la necesidad de construir un mundo sin excluidos, tendría su raíz en la naturaleza humana, tarada por el pecado original en la versión religiosa [...]” (CORTINA, 2017, p. 44).

Para a versão biológica, a incoerência do mal radical (que leva à contrariedade entre o dito e o feito, relegando aos mais pobres a ausência de igualdade, liberdade e oportunidade), pode estar no cérebro. “¿Podemos encontrar en el cerebro la clave por la que los seres humanos somos xenófobos y aporófobos?” (CORTINA, 2017, p. 44). Investigadores científicos abordam as questões neurais conflitivas na hora de tomada de decisões, como elementos rivais da mente, a exemplo do sistema racional e outro emocional. Argumenta que “somos biologicamente xenófobos”; egocêntricos, que buscam os próprios interesses e aqueles que lhe são similares. O diferente, portanto, assume um papel de ofensa e de risco.

Este autointerés básico, este afán de supervivencia, nos induce a controlar nuestro entorno inmediato y a buscar lo familiar, la seguridad, a preferir lo conocido. Esta experiencia de una cierta seguridad es necesaria para desarrollarse de una forma sana. No es extraño que en la vida cotidiana prefiramos un entorno controlable ni que intentemos incorporar lo desconocido a lo conocido. (CORTINA, 2017, p. 48).

Na acepção de Adela Cortina (2017), a aporofobia tem uma vertente biológica na tendência humana de desprezar o que parece perturbador, que não possui nada de positivo e que pode, em algum momento, trazer problemas. Todavia, uma predisposição não significa determinação, já que o cérebro humano é dotado de grandes capacidades que permitem transformar concepções ao longo da vida. A autora aponta traços que indicam a xenofobia com razões biológicas, através do medo e da aversão que o diferente causava desde os tempos remotos. Na sequência, entretanto, indaga-se se, no caso dos pobres e excluídos, as mesmas razões existiriam.

Daí que advêm considerações de ordem social, antes de biológicas, pela forma como as sociedades estão estruturadas: pautadas pelo contrato social e pela ideia de cooperativa, pressupondo a troca como elemento básico. E, quem é pobre, não possui nenhum benefício para participar desse intercâmbio, nada pode oferecer na contrapartida do jogo entre dar e receber. Por não conseguir participar deste princípio, torna-se, conseqüentemente, indesejável.

En el mundo del intercambio, los pobres provocan un sentimiento de rechazo porque sólo plantean problemas a quienes en realidad lo que desean es ayuda para prosperar, suscitan desprecio cuando se les contempla desde una posición de superioridad, miedo cuando generan inseguridad y, en el mejor de los casos, impaciencia por librarse de ellos, impaciencia del corazón. (CORTINA, 2017, p. 86)

Na qualidade de contrato social ou de cooperativa, o Estado também tem apresentado outra vestimenta: a de empresa. O surgimento desta perspectiva para o ente público é fruto do neoliberalismo, que se inseriu na realidade latino-americana no final do século XX e hoje demonstra seus efeitos perversos através daquilo que Wendy Brown (2015) denominou de economicização: a racionalidade neoliberal contemporânea que converte atividades e sujeitos não econômicos em econômicos. Nesse sentido, o neoliberalismo esvazia determinados conceitos basilares da democracia, como a dignidade e a igualdade, para neles inserir a ideia de renda e de

competição. Quem não corresponde à reformulação conceitual e prática é desprezado, não se torna útil ao sistema, tampouco por ele se sacrifica.

Para a superação dos argumentos biológicos (neurais) da aporofobia, Cortina (2017, p. 87) elenca a compaixão associada à educação. A formação de ideais justos e humanos depende de uma política educacional, em suas variadas formas (escolar, comunitária, familiar, institucional), que necessitarão colaborar mutuamente. “Para producir ese cambio en la dirección de ideales igualitarios es necesario contar con la educación en la familia, en la escuela, a través de los medios de comunicación y en el conjunto de la vida pública.” Outros impasses a serem superados também se mostram presentes, de aspecto subjetivo, como a corrupção dos sentimentos morais, de Adam Smith, atinente à disposição de admiração aos ricos e afortunados, e ao desprezo e à desconsideração aos pobres (CORTINA, 2017).

Pelas peculiaridades da América Latina, enfaticamente no que diz respeito às condições de desigualdade social, a vulnerabilidade em que se encontram grandes grupos humanos pela privação de seus direitos e de atendimento a necessidades elementares põe em risco a perspectiva futura de democracia. A democracia se concretiza com vistas a elementos essenciais, sendo, um deles, a efetiva participação do povo. Quando o enfoque humano é a sobrevivência (e não mais a vivência, com dignidade), a educação política e cidadã deixa de ser prioridade, o que impacta na representatividade política, na construção de políticas públicas, na capacidade de decidir, participar e criticar. A aporofobia acentua tais desigualdades, porque a elas impõe o desprezo e a violência, sem apresentar alternativas de superação. Logo, o fato e o fenômeno são ameaças concretas ao desenvolvimento e à manutenção da democracia.

3 O desprezo ao pobre no Brasil

Quais tipos de necessidades são reprimidas pela pobreza? O que abrange seu conteúdo? Tendo por pressupostos esses questionamentos, teorias sobre a dignidade humana foram desenvolvidas na

contemporaneidade, com enfoque especial sobre Amartya Sen (2000) e Martha Nussbaum (2014), autores que discutem a ideia de capacidade e que analisam como a renda é responsável por uma parte das necessidades humanas, e não da sua integralidade. Para compreender pobreza, mostra-se prudente olhá-la como privação, como insuficiência (e isso está mais longe do que apenas a concepção de renda).

O estigma sobre o qual se assenta a aporofobia vislumbra a pessoa pobre através de sua aparência, de sua posição, de suas condições, o que tende a concluir pelo critério econômico como único responsável pela pobreza, mas a percepção é ilusória. Observar a privação e a violação de direitos para além do fator econômico é resultado de pesquisas hodiernas e representa uma evolução na análise das necessidades humanas fundamentais. Para a UNICEF no Brasil (Fundo das Nações Unidas para a Infância) (2019), essa privação está relacionada ao exercício de direitos fundamentais.

Nas pesquisas atuais desenvolvidas no campo da economia e da filosofia, pobreza está relacionada com diversas facetas, falando-se em pobreza multidimensional (DE BARROS; DE CARVALHO; FRANCO, 2006), em privação múltipla de direitos (UNICEF, 2019) e em discriminação interseccional (RIOS, 2008). Analisá-la sob a perspectiva multidimensional requer compreender todos os desafios ao bem-estar, a exemplo de privações, exclusões e vulnerabilidades (UNICEF, 2019). No caso da América Latina, a promoção de estudos que se concentram nas vulnerabilidades para além do olhar unidimensional de insuficiência de renda é basilar ao enfrentamento de obstáculos internos, uma vez que esta região do globo concentra um dos piores índices no que diz respeito à desigualdade social e econômica (ONU, 2019). As precariedades em diversos aspectos da vida repercutem com maior intensidade em face daqueles que já são privados por questões de etnia (que a doutrina tradicional insiste em caracterizar como *raça*), gênero e idade. Tais fenômenos são complexos e, numa escala familiar, trazem prejuízos agudos àqueles que

necessitam de cuidados, como crianças, adolescentes, portadores de necessidades especiais e idosos. Neste estudo serão abordados os dois primeiros grupos mencionados.

3.1 A pobreza que atinge meninos e meninas

A complexidade que reveste privações afeta os ideais de justiça social e torna sem eficácia as disposições normativas que preveem direitos e garantias fundamentais à existência humana. São diversas as engrenagens que o sistema produz e pelo qual é produzido, demandado para si um estudo específico, pois concentra fatores que transbordam o caráter biológico, psicológico, normativo e econômico. O que produz, em síntese, é uma cidadania de papel, especialmente para um grupo etário: crianças e adolescentes. O ápice do cenário é observado nos que são submetidos a fazer das ruas o lar e a família.

“Um menino de rua é mais do que um ser descalço, magro, ameaçador e mal vestido. É a prova da carência de cidadania de todo um país, onde uma imensa quantidade de garantias não saiu do papel da Constituição.” Daí que advém a denominação *cidadania de papel*, porque presente apenas no objeto documentado: no papel. O autor do termo, Gilberto Dimenstein (1997, p. 23-24), complementa que essa criança “é um espelho ambulante da História do Brasil”, que em cada período demonstrou desprezo e negligência com determinado segmento.

Muitas realidades compreendem a acepção de cidadania de papel nas infâncias e juventudes brasileiras. Isso se explica pelas variadas maneiras que a violação de direitos opera, que inclui a privação de um direito específico, como saúde, saneamento e educação, até elementos conjunturais múltiplos, a exemplo do abandono, da violência, da situação de rua. Considerando que direitos de crianças e adolescentes são indivisíveis, a ausência de um enseja a quebra da proteção integral e, conseqüentemente, conduz à privação múltipla.

Em pesquisa conduzida pela UNICEF intitulada de *Pobreza na Infância e na Adolescência* (2018), constatou-se que, de cada dez crianças e adolescentes brasileiros, seis vivem na pobreza. Para a realização do estudo, o Fundo das Nações Unidas coletou dados da PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios), ano de 2015, em que avaliada renda familiar e acesso a direitos básicos no país (educação, informação, água, saneamento, moradia e proteção contra o trabalho infantil). O estudo apontou que: “[...] 61% das crianças e adolescente brasileiros são pobres, seja porque estão em famílias que vivem com renda insuficiente – pobreza monetária –, seja porque não têm acesso a um ou mais direitos – privações múltiplas.” (UNICEF, 2019, p. 6).

A população infantojuvenil brasileira que vive sem privações corresponde a menos da metade (cerca de 39%). Dados expressivos a indicar que meninos e meninas são obstruídos da vida digna por questões monetárias ou (e) de direitos fundamentais em 61% da população total, com menos de dezessete anos, impõe urgentemente repensar a efetividade da proteção integral e o pacto social na defesa prioritária das vidas infantojuvenis, especialmente em um país que conta aproximadamente 50 milhões de pessoas nessas faixas etárias. Do total de crianças e adolescentes privados por dimensão, a maior das necessidades detectadas foi quanto ao saneamento (mais de treze milhões estão privados do acesso básico no país). Daí provém outros males, como impactos na saúde e no desenvolvimento. A segunda maior privação é quanto à educação (aproximadamente nove milhões).

Na história brasileira recente, corpos infantojuvenis foram alvo das mais diversas atuações políticas e sociais, que incluíram benefícios, como o reconhecimento de direitos, e o recrudescimento no tratamento. Contudo, os corpos que foram efetivamente atingidos foram os considerados pobres, os marginalizados. A política de bem-estar do menor de idade e a própria denominação popular “de menor” bem refletiram o período em que se buscou a higienização social e a “regularização” de crianças e adolescentes em situação de rua. No contexto legislativo, o primeiro “Código

de Menores do Brasil” – Decreto nº 17.943-A (de 12 de outubro de 1927), também conhecido por Código Mello Mattos – instituiu um conjunto de disposições de nítido caráter autoritário para tutelar condições daqueles em “situação irregular”, o que poderia derivar tanto da prática de ato infracional como do abandono por familiares (PAPLOWSKI, 2018).

Naquele momento, “a influência externa e as discussões internas levaram à construção de uma Doutrina do Direito do Menor, fundada no binômio carência/delinquência. Era a fase da criminalização da infância pobre”, como leciona Andréa Rodrigues Amin (2009, p. 6), reforçando qual segmento social era visado quando da concepção das normas para a infância e a adolescência brasileiras e o respectivo desprezo à sua condição humana. E complementa: “Havia uma consciência geral de que o Estado teria o dever de proteger os menores, mesmo que suprimindo suas garantias. Delineava-se a Doutrina da Situação Irregular.” Referida doutrina concebia distinções específicas em categorias como de *crianças* e *menores*, sendo esses últimos entendidos como em conflito com a lei ou em situação de abandono, para controle ou coerção.

Mais tarde, outra legislação veio substituir o Código Mello Mattos. No ano de 1979, a Lei nº 6.697, igualmente denominada de “Código de Menores”. Mantinha a visão da norma anterior ao reforçar as características do governo da época e a doutrina da situação irregular. Anos depois, uma nova ordem emergiu sob influência de mobilizações nacionais e internacionais, as quais acabaram por fundar a doutrina da proteção integral, com os marcos da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de treze de julho de 1990). Tal doutrina possui três fundamentos, os quais consistem em: reconhecimento da peculiar condição de desenvolvimento que recai sobre crianças e jovens, merecedores de tutela especial; a convivência familiar; e a obrigação das nações subscritoras da Convenção dos Direitos da Criança (1989) para assegurar os direitos nela dispostos com absoluta prioridade (AMIN, 2009).

O comando constitucional, além de alçar aos infantojuvenis ampla titularidade de direitos fundamentais (como a vida, a saúde e a convivência

familiar), instituiu a responsabilidade coletiva e concorrente pela efetividade de seus direitos, assegurando a absoluta prioridade em razão da condição que lhes é própria: a de pessoas em desenvolvimento (PAPLOWSKI, 2018). Entretanto, a consagração do microsistema protetivo não veio acompanhada das necessárias transformações práticas com que se deparam meninos e meninas e suas respectivas famílias no país.

O distanciamento entre o dito e feito, já anunciado por Adela Cortina (2017), mostra sua potência no Brasil, atingindo crianças e adolescentes de todos os segmentos sociais, como é o caso da violência sexual. Todavia, os mais afetados neste contexto de privação são os mais pobres, no amplo sentido que a palavra permite, fazendo surgir diversas ilustrações no contexto artístico e literário em que a aporofobia opera diante dos corpos jovens e infantes, antes mesmo do termo ser cunhado. Mostra-se presente na omissão cotidiana de todos os responsáveis pela proteção de crianças e adolescentes: a família, a sociedade e o Estado; bem como no silêncio que estes perpetuam diante da realidade que se apresenta.

Sem especificar o ano e o local, a imagem seguinte ilustra o sono da criança negra nos braços da estátua, provavelmente situada em um centro urbano no Brasil, em um espaço público, no início da década de 1990. À luz do dia, a criança ganha o colo para poder dormir, o colo que talvez não tenha conhecido durante sua tenra vida, já que crescer nas ruas exige de meninos e meninas em tais condições a luta pela sobrevivência como se fossem efetivamente responsáveis pela própria sorte. “Viver na rua é aprender a ser adulto antes do tempo, misturar chupeta com tragada de cigarro” (DIMENSTEIN, 1997, p. 39). Expostos às mais intensas vulnerabilidades – como a violência de toda ordem, os conflitos entre grupos e a privação de necessidades básicas –, essa é uma fase da vida humana carente de cuidados, pelo próprio estágio peculiar de desenvolvimento.

Figura 1 – Fotografia de Luciano Andrade



Fonte: Gilberto Dimenstein (1997, p. 154)

Desajeitado dentro espaço que a estátua de anjo comporta, seu rosto é desviado do olhar da representação artística. Através desta observação, a imagem representa as condições e contradições para a efetividade dos direitos de crianças e adolescentes no país. Simbolicamente, pode-se perguntar quem o anjo corresponde, ao não ver o que se põe diante de si. É a família, a sociedade, o Estado negligenciando sua responsabilidade? Qual é o grau de dificuldade em garantir o respeito aos direitos humanos dos mais vulneráveis no Brasil? E, em se tratando de uma criança negra, provavelmente em situação de rua, o que isto quer dizer sobre as condições de vida das crianças no país, em um aspecto interseccional? (OLIVEIRA, 2019).

Estar tolhido da efetividade de seus direitos básicos, fundamentais e humanos, crescendo em um ambiente que não é capaz, tampouco adequado, para garantir o saudável desenvolvimento, trará sequelas, seja no plano individual seja no coletivo. Individual, na medida em que o menino abandonado hoje e desprezado pelos responsáveis à sua existência digna

será o adulto abandonado amanhã, que não conseguiu desenvolver suas capacidades, que precisou adaptar-se à sobrevivência (e não à vivência), quando não privado da própria vida diante das sucessivas intercorrências que o espaço urbano apresenta. Nesse contexto, pode-se questionar de que maneira uma sociedade será desenvolvida diante dessas realidades? Esse adulto terá condições de participar da formação do ente público, de representar e ser representado? Será, por outro lado, emancipado de um colo que efetivamente jamais recebeu?

O círculo vicioso tende a se repetir, com privações que acompanham gerações – as chamadas desigualdades intergeracionais (SANT’ANA, 2018), o que se tem reconhecido como baixa mobilidade social, que é a dificuldade de pessoas transitarem nas faixas econômicas e sociais, os famosos tetos e pisos pegajosos do sistema de desigualdades. De mais a mais, a carência de informações e a privação do direito à educação impossibilitam a superação destas condições, medidas que necessitam estar acompanhadas de uma rede básica protetiva para a inclusão (como alimentação, moradia, vestuário, atendimento de saúde e acolhimento afetivo).

Aliado às condições extremas de situação de rua, importa também refletir sobre aqueles que possuem moradia, contudo, deparam-se com outras modalidades de pobreza, especialmente no que toca ao direito à alimentação, à instrução e à dignidade. O conto *O Outro*, de Rubem Fonseca (2019), opera com singeleza e ao mesmo tempo profundidade esta análise, através da experiência literária que, de ficção, pouco ou nada possui. O conto, escrito na segunda metade do século XX, reproduz a realidade de um homem adulto, abonado em termos econômicos, “executivo”, morador de centro urbano, que se adapta à dinâmica agitada e atarefada de seu labor. Em um determinado momento, apresenta problemas de saúde relacionados à taquicardia. A ocorrência é simultânea ao surgimento de uma figura na rotina do homem, narrada como um jovem adulto, sujeito persistente, que pede por dinheiro.

Atendendo ao pedido do jovem, o executivo lhe deu uns trocados. Contudo, mal ele sabia que esse indivíduo o visitaria diariamente pelas calçadas, ao vê-lo transitar. “No dia seguinte, na hora do almoço, quando fui dar a caminhada receitada pelo médico, o mesmo sujeito da véspera me fez parar pedindo dinheiro. Era um homem branco, forte, de cabelos castanhos compridos. Dei a ele algum dinheiro e prossegui.” (FONSECA, 2019). O contexto se reproduzia mais uma vez e de novo. “‘Mas todo dia?’, perguntei. ‘Doutor’, ele respondeu, ‘minha mãe está morrendo, precisando de remédio, não conheço ninguém bom no mundo, só o senhor.’ Dei a ele cem cruzeiros.” (FONSECA, 2019). Por alguns dias o sujeito não mais apareceu, até que retornou, dessa vez informando que sua mãe havia falecido e que precisava dar-lhe um enterro. Contando sua história que, pela narrativa do executivo, era angustiante, o homem, já perdendo a paciência, deu-lhe a quantia que entendia como necessária. E desejou nunca mais ver aquela figura.

O desejado, contudo, não ocorreu. Em uma outra caminhada, tal sujeito persistia em pedir ajuda, em esperá-lo do lado de fora do escritório. Apresentava as características de súplice e ameaçador, causando os mais profundos temores ao executivo. Até que veio a descobrir o seu endereço, surgindo inesperadamente em passeio habitual daquele homem. “Inferno, como foi que ele descobriu o meu endereço? ‘Doutor, não me abandone!’ Sua voz era de mágoa e ressentimento”, o que o deixava mais preocupado com aquela presença incômoda e desprezível à sua rotina, já que nela imprimia também o tom de ameaça.

Mas não foi a última vez. Todos os dias ele surgia, repentinamente, súplice e ameaçador, caminhando ao meu lado, arruinando a minha saúde, dizendo é a última vez doutor, mas nunca era. Minha pressão subiu ainda mais, meu coração explodia só de pensar nele. Eu não queria mais ver aquele sujeito, que culpa eu tinha de ele ser pobre? [...] “Só tenho o senhor no mundo, não faça isso de novo comigo, estou precisando de um dinheiro, esta é a última vez, eu juro!” — e ele encostou o seu corpo bem junto ao meu, enquanto caminhávamos, e eu podia sentir o seu hálito azedo e podre de faminto. Ele era mais alto do que eu, forte e ameaçador. (FONSECA, 2019).

Já não mais suportando a situação, o homem resolveu findar o círculo agonizante e vicioso em que era chamado pelo sujeito. Sabendo que seria acompanhado por ele, dirigiu-se até a sua casa e pediu para esperá-lo ali. Quando retornou, o indivíduo, ao vê-lo, suplicou para que não tomasse aquela atitude, dizendo “[...] não faça isso, doutor, só tenho o senhor no mundo”. Naquela altura, isso pouco importava para o executivo, tomado pela convicção de que não poderia ser coagido. “Não acabou de falar ou se falou eu não ouvi, com o barulho do tiro. Ele caiu no chão, então vi que era um menino franzino, de espinhas no rosto e de uma palidez tão grande que nem mesmo o sangue, que foi cobrindo a sua face, conseguia esconder.” (FONSECA, 2019).

O surpreendente relato final instiga (re)pensar nas impressões iniciais que o homem bem sucedido tinha sobre aquele *sujeito* tratar-se, de fato, de alguém forte, ameaçador e adulto. Já que, ao ver seu corpo desfalecido, o reconhece como um *menino franzino*, supostamente adolescente (pelas espinhas no rosto) e de uma condição profundamente debilitada (por sua palidez). Demonstra também a forma de solucionar a sua aversão ao menino pobre em critérios econômicos e de direitos fundamentais, posto que não mostra compaixão ao sofrimento alheio, deixa de adotar medidas que poderiam ajudar o jovem a longo prazo, tampouco comunica a situações aos órgãos da rede de proteção infantojuvenil. O Estado, igualmente omissivo, não interferiu para possibilitar que o contexto fosse outro. Nessa altura, indaga-se: o executivo representa quem e o quê?

O personagem reconhece o menino enquanto tal somente ao vê-lo sem vida, causada por uma brutalidade sua. O menino é alguém que, antes de ser o outro, é humano. E em toda a sua humanidade, que desfalece pela privação, passou a insistir por ajuda de um desconhecido, tido como “doutor”, isso é: alguém que tem uma condição econômica e social privilegiada, abastada, mesmo sem fazer jus à denominação que é legítima ao âmbito acadêmico, por motivos de prática cultural brasileira.

Embora a aversão ao pobre e à pobreza tenha ganhado identificação nos últimos anos, ela já se manifesta há longo prazo, com enfoque no Brasil. Meninos e meninas em condição de pobreza não têm condições de participar do intercâmbio entre ganhar e receber por duas condições: tanto pela privação que sofrem quanto pela incapacidade que a faixa etária gera, diante da condição de desenvolvimento. Quando fala-se em uma educação transformadora para tais realidades, o embate está mais a frente da busca da dignidade dos menos favorecidos. Refere-se, igualmente, na consciência imprescindível de quem está nas outras posições sociais sobre a realidade que o cerca.

Portanto, “é preciso uma educação que construa condições para que os estudantes reconheçam as desigualdades que os afetam, suas forças mobilizadoras e os fortaleça para intervir positivamente nessas realidades.” (FRANZIM, 2019). Uma política educacional que seja atenta à universalidade e à qualidade, que inclua sem descaracterizar. Que promova o atendimento individualizado, buscando não deixar nenhum espaço humano desatendimento ou silenciado, inclusive, para isso, repensando em equipes itinerantes de atendimento aos mais desfavorecidos.

4 Considerações finais

No primeiro tópico de desenvolvimento desta pesquisa (um impasse à democracia: aporofobia), fora tratado o fenômeno cunhado por Adela Cortina para estudar a aversão aos pobres. Avaliados elementos sociais, neurais e religiosos, demonstrou-se como a democracia é vulnerabilizada por este fenômeno, comunicando autores como a própria Cortina (2017), Bogdandy (2015), Brown (2015) e Rios (2008).

Depois, a respeito do “desprezo ao pobre no Brasil”, acerca de como visões contemporâneas e pesquisas afins destacam a amplitude do conceito de pobreza para além da renda, oferecendo uma visão multidimensional, que inclui privações, discriminações e desigualdades.

Na seção “a pobreza que atinge meninos e meninas”, a partir dos elementos conceituais primários, foram investigados aspectos teóricos a respeito da infância e da adolescência no Brasil, transitando entre passado e presente, plano teórico e prático, ressaltando a ênfase transformadora que o direito humano à educação pode oferecer, com vistas à dignidade humana e ao futuro da democracia.

Retomando o problema norteador do estudo (como eliminar a privação e fomentar a inclusão social de crianças e adolescentes pobres no Brasil?), os resultados do singelo estudo confirmam a hipótese, tendo consciência de sua profunda complexidade. Confirmam que determinados fenômenos necessitam ser enfrentados e superados, como a aporofobia, as desigualdades sociais e as privações múltiplas. Ainda, que esse cenário é possível através do fortalecimento do direito humano e fundamental à educação, por políticas públicas que sejam focadas na universalidade, alcançando todos os grupos e especialmente os submetidos à sua privação, bem como na qualidade, por uma educação transformadora e cidadã, em fortalecimento da própria democracia.

Nesse sentir, para a efetividade do regime democrático, faz-se necessária a participação igualitária dos cidadãos, não se reduzindo a aspectos puramente eleitorais. Agrega a formação do Estado, o usufruto de oportunidades e o exercício de direitos. Quando a renda é díspar, o acesso a determinados bens é restringido ou eliminado, afetando, também, o exercício de direitos. Nessas condições, advêm limitações à cidadania e conseqüentemente à justiça social, sem qual a democracia não se realiza verdadeiramente. Os desafios da democracia que dependem da atuação no presente incluem resistir ao processo de autoritarismo que tem acometido países do mundo, em especial da América Latina, mas também responder a uma demanda incontestante e grave de violações a direitos humanos da população de crianças e adolescentes no país. Assim, investir na infância é investir a longo prazo. É, de fato, um investimento sem o qual muitas estruturas hodiernas são postas em discussão.

Referências

- AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenadora). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 03-10.
- BROWN, Wendy. **Cidadania Sacrificial** – neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade. Tradução de Juliane Bianchi Leão. Pequena Biblioteca de Ensaios. Rio de Janeiro: Zazie Edições, 2018.
- CORTINA, Adela. **Aporofobia: el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia**. Barcelona: Paidós, 2017.
- DE BARROS, Ricardo Paes; DE CARVALHO, Mirela; FRANCO, Samuel. **Pobreza multidimensional no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 2006.
- DIMENSTEIN, Gilberto. **O cidadão de papel: a infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil**. 13. ed. São Paulo: Ática, 1997.
- FONSECA, Rubem. **O outro**. Projeto Releituras. Disponível em: <http://www.releituras.com.br/rfonseca_outro.asp>. Acesso em: 16 set. 2019.
- FRANZIM, Raquel. Pelo direito a uma educação de qualidade e transformadora. **Nexo Jornal**. Publicado em: 27 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/ensaio/2019/Pelo-direito-a-uma-educa%C3%A7%C3%A3o-de-qualidade-e-transformadora>>. Acesso em: 01 maio 2019.
- NUSSBAUM, Martha. **Educação e justiça social**. Tradução de Graça Lami. Portugal: Pedagogo, 2014.
- OLIVEIRA, Assis da Costa. Entrevista de lançamento da nova coluna crianças, adolescentes e jovens. **Empório do Direito**. Publicado em: 13 jul. 2019. Disponível em: <<https://emporiოდireito.com.br/leitura/entrevista-de-lancamento-da-nova-coluna-criancas-adolescentes-e-jovens>>. Acesso em: 01 ago. 2019.
- ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Brasil está entre os cinco países mais desiguais, diz estudo de centro da ONU**. Publicado em: 29 jan. 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/brasil-esta-entre-os-cinco-paises-mais-desiguais-diz-estudo-de-centro-da-onu/>>. Acesso em: 01 ago. 2019.

PAPLOWSKI, Schirley Kamile. **Onde foi parar meu anjo da guarda?** O panorama brasileiro da violência sexual infantojuvenil e seus decorrentes impactos jurídicos e psíquicos 2018. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Três Passos, 2018. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/5487>>. Acesso em: 08 out. 2019.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação:** discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANT'ANA, Jéssica. Pobre do Brasil levam até 9 gerações para ter renda média, diz estudo. **Gazeta do Povo**. Publicado em: 04 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.gazeta-dopovo.com.br/politica/republica/pobres-do-brasil-levam-ate-9-geracoes-para-ter-renda-media-diz-estudo-b3c927690le7yjnsaiod26vac/#ancora-1>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta, revisão técnica de Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

UNICEF. **Pobreza na infância e na adolescência**. [Brasília]. 2018. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/media/4091/file/Educacao_que_protege_contra_a_violencia.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2019.

VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. **Revista Derecho del Estado**, n. 34, p. 3-50. jul. 2015. Disponível em: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4198>>. Acesso em: 24 out. 2019.

A mediação como método adequado para resolução de conflitos familiares

*Simone Stringari*¹

*Francieli Formentini*²

1. Introdução

Por séculos as condutas, atualmente consideradas opressoras, foram consideradas normais e adequadas, a moral tradicional familiar dava ao homem todo o poder no núcleo familiar, organizando a família e a vida desta perante a sociedade. Essa era a maior forma de demonstração do poder masculino, reconhecido pelos entes e pela coletividade, o patriarcado.

O patriarcado é entendido como uma certa dominação masculina sobre as mulheres, estruturado através dos tempos com um sistema de subordinação das mulheres nos ambientes familiares e comunitários. Hoje o termo patriarcado organiza a dinâmica das relações de gênero e os instrumentos de dominação atuantes na sociedade. (Camurça, 2015).

A palavra família tem sua etimologia do latim *famulus* que significava além de família igualmente escravos, servidores. As definições de família vêm sofrendo mudanças constantes, seja no significado da palavra ou no ordenamento jurídico. A Constituição Federal de 1988 reconheceu uma nova forma de organização familiar, prevendo em seu artigo 226, parágrafo 3º, a equiparação da união estável ao casamento concedendo a esta a mesma proteção que o Estado dá ao casamento. Outra inovação do texto

da Constituição foi de expressa disposição legal, acerca da igualdade entre homens e mulheres, constando no inciso I do artigo 5º que:

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Mesmo com esta grande vitória no reconhecimento de direitos no texto Constitucional, a dominação masculina mantém-se enraizada nas relações sociais e, conseqüentemente no ambiente familiar. Assim, as mulheres continuam reivindicando a efetivação de seus direitos, bem como buscando o reconhecimento de seu valor e papel perante a sociedade. Desta forma, as distinções entre os papéis dos homens e mulheres, tão enraizada nas concepções familiares, é uma das causas geradoras de conflitos, quando de um lado as mulheres estão em busca de mais liberdade e igualdade, porém do outro, os homens não reconhecem ou reconhecem de forma parcial e limitada essa equidade.

De tal modo, o presente trabalho abordará sobre os conflitos no âmbito familiar, a evolução social originada pelos conflitos quando enfrentados de forma adequada e a mediação como método adequado de solução de conflitos dessa natureza. Também explanará sobre a experiência do projeto de extensão “Conflitos Sociais e Direitos Humanos alternativas de tratamento e resolução” na aplicação da mediação pré-processual para conflitos familiares, mantendo foco no conflito entre casais.

2. Sociedade patriarcal em transição

É preciso entender o conceito de dominação masculina presente ainda na sociedade atual. A dominação masculina foi tema central da obra, assim intitulada, de Pierre Bordieu que afirma “A divisão entre os sexos parece estar ‘na ordem das coisas’”, asseverando, assim, o que se concebe

como as divisões incorporadas em todo o mundo social. Para Bourdieu (2012, p.45)

A dominação masculina encontra, assim, reunidas todas as condições de seu pleno exercício. A primazia universalmente concedida aos homens se afirma na objetividade de estruturas sociais e de atividades produtivas e reprodutivas, baseadas em uma divisão sexual do trabalho de produção e de reprodução biológica e social, que confere aos homens a melhor parte, bem como nos esquemas imanentes a todos os *habitus*: moldados por tais condições, portanto objetivamente concordes, eles funcionam como matrizes das percepções, dos pensamentos e das ações de todos os membros da sociedade(...).

As modificações ocorridas na sociedade nas últimas décadas, aos poucos quebraram tais paradigmas e desencadearam uma série de alterações na base familiar tradicionalmente implantada. A partir de processos que mudaram os formatos de organização, em pequena escala, dos lares e, em grande escala, da sociedade, fazendo com que surgisse uma nova necessidade, a do aumento de renda per capita familiar, com estas novas características familiares, os moldes domésticos começam a tomar novas formas e o papel da mulher que anteriormente se dava quase que exclusivamente na manutenção da casa e educação dos filhos sofre a agregação de mais um papel fundamental: auxiliar nos rendimentos familiares.

Com as mudanças ocorridas nas últimas décadas, bem como pelo interesse das mulheres pela autonomia financeira, aumentou a procura das mulheres pelos trabalhos externos, inserindo-se no mercado de trabalho, o que possibilitou contribuir ou, em muitos casos, efetivamente manter o sustento da família.

No decorrer das décadas seguintes os papéis femininos no sustento dos lares vieram se construindo cada vez com mais importância, a mulher passa a ocupar um papel de provedora que antes era considerado exclusivamente masculino pela sociedade patriarcal.

Ocorre que apesar da inserção da mulher no mercado de trabalho, sua jornada de trabalho no lar, em geral, permaneceu inalterada, executando os cuidados com os filhos e os afazeres domésticos. Assim, o modelo

patriarcal da sociedade influencia a dupla jornada de trabalho para a mulher, na compreensão de que trabalhos domésticos são de competência da mulher. Isso porque a sociedade como conhecida atualmente foi construída, aos moldes de uma sociedade na qual os homens eram responsáveis por cuidar dos negócios e dos proventos dos lares, enquanto as mulheres eram educadas para se tornarem boas esposas, mães e donas de casa.

Em meados do século passado foi ganhando relevância o Movimento Feminista com a intenção de auxiliar a equiparação dos sexos, ou seja, colocar em pé de igualdade os direitos e deveres dos homens e mulheres na sociedade. Não será abordado aqui sobre estas conquistas suadas e paulatinas, mas sim em como a mudança do papel desenvolvido pela mulher nos lares influenciou os relacionamentos familiares como um todo.

As mudanças desencadearam o que se chama hoje de empoderamento feminino, de certa forma o poder de trabalhar fora e auxiliar o sustento do lar concedeu poder as mulheres. Embora não seja possível afirmar que com o empoderamento surgiram os conflitos nos lares, pode-se dizer que com tal poder a mulher passou a possuir voz para se pronunciar, se opor, mostrar sua opinião e em alguns casos denunciar.

Segundo Alain Touraine (2007, p.117) “[...] as mulheres querem criar, a partir delas mesmas, um novo modelo de cultura que deve ser vivido por todos, homens e mulheres.”. O autor explicita que através de suas pesquisas entende-se que as mulheres buscam a eliminação da oposição entre os sexos criada pela ordem masculina, sem estabelecer hierarquia no interior do mundo múltiplo da sexualidade. Nesse sentido, destaca que:

A sociedade criada pela modernização europeia tinha separado as funções e criado as relações hierárquicas entre elas. A nova cultura, conduzida pelas mulheres, não busca nem excluir nem colocar os homens numa posição inferior, mas pretende que todos harmonizem (...). Esta cultura nova busca recompor a experiência pessoal e coletiva, e igualmente unir o que tinha sido separado. Trata-se, aqui, de uma mudança fundamental na construção e na avaliação da sociedade. (TOURAINÉ, 2007, p. 119)

Esse processo de conquista e de apropriação de novos papéis sociais pela mulher, de empoderamento e de conscientização de seus direitos e de sua liberdade de possibilidades de escolha enseja novas formas de relações familiares. Salienta-se que conflitos familiares sempre existiram e sempre existirão, mas esse novo contexto deu mais visibilidade ao que antes não era enxergado pelo restante da sociedade ou até mesmo da família. Nesse sentido, importante destacar que o conflito é fenômeno inerente às relações humanas e faz parte das relações sociais, sendo fruto de percepções e posições divergentes quanto a fatos e condutas que envolvem expectativas, valores ou interesses.

O conflito ocorre a partir de inúmeras formas, que irão de uma divergência entre duas pessoas até as guerras com milhares de envolvidos, a exemplo das guerras mundiais. Portanto, o conflito é de extrema complexidade não podendo ser tratado como algo simples, mas ao mesmo tempo deve ser compreendido como natural e inerente da convivência em sociedade, pois somos frutos de uma sociedade conflitante.

3. Conflitos familiares e a mediação como método adequado de resolução

Para Georg Simmel (2013, p. 17) “o conflito tem relevância sociológica, porque gera ou modifica comunidades de interesses, unidades e organizações”. Nesse sentido, Simmel (2013) destaca o conflito e suas complexidades, integrando a corrente de pensadores que considera que os grupos e sistemas sociais são profundamente marcados por conflitos porque, em uma sociedade, o equilíbrio e a harmonia não são constantes.

No âmbito privado, quando duas vontades e/ou interesses se chocam nasce o conflito e, junto a ele, normalmente o desejo de ter razão. Assim quase como uma competição, um jogo, alguém tem de perder nessa visão pessimista da desavença, porém é possível observar o conflito, como positivo ou negativo, a partir da perspectiva de quem o analisa e o vivencia.

No âmbito familiar o que se deseja é a paz, a tranquilidade e o equilíbrio, no entanto, é comum a ocorrência e, de certa forma, é importante que eles ocorram no sentido de ser uma manifestação de que os integrantes da família possam manifestar opiniões. Ocorre que, em surgindo o conflito, a maioria das pessoas não está preparada para enfrentá-lo pelo diálogo franco assim que identificada a divergência, pelo contrário, há uma tendência a ignorá-lo ou minimizar aparentemente a sua importância por não se ter essa concepção clara de que o conflito faz parte das relações humanas e que também poderá ser uma oportunidade de qualificação das relações. Em outras situações também há o enfrentamento do conflito pela violência, seja verbal ou física.

Importante destacar que os conflitos vivenciados na família que, nas palavras de Stella Breitman e Alice Costa Porto (2001, p. 62) “[...] é a sociedade humana mais complexa”, se não bem gerenciados, poderão trazer consequências para outros aspectos da vida social, como no trabalho, na comunidade e, principalmente, para as crianças e adolescentes nas relações escolares.

Nesse sentido, em razão destas especificidades, entende-se que a mediação, método de resolução de conflitos pela autocomposição, é adequada para a resolução de conflitos familiares, uma vez que busca priorizar a igualdade dos envolvidos perante o conflito e oportunizar que construam uma solução conjunta para o conflito.

Importante esclarecer que a mediação é um procedimento pelo qual os conflitantes contam com a participação do mediador, terceiro imparcial que conduzirá o diálogo para a construção de uma solução ao conflito. Assim, no decorrer do procedimento o mediador aplicará técnicas específicas possibilitando que os mediados exponham seus sentimentos e interesses relacionados a divergência em questão. Orientada pelos princípios da imparcialidade, oralidade, informalidade, isonomia das partes, autonomia de vontades, consenso, confidencialidade e boa-fé, a mediação também busca restabelecer os laços afetivos.

O tratamento do conflito pela mediação pode acontecer mediante uma pluralidade de técnicas que vão da negociação à terapia. Os contextos nos quais é possível aplicá-la são vários: mediação judicial, mediação no Direito do Trabalho, no Direito familiar, na escola, dentre outros. Possuem como base o princípio de religar aquilo que se rompeu, restabelecendo uma relação para, na continuidade, tratar o conflito que deu origem ao rompimento. (SPENGLER, 2010, p. 319).

Warat (2001, p. 64) também afirma que a mediação é “terapia do reencontro” com a ideia de que a imagem construída do outro seja desmantelada, não enxergada mais como anteriormente e sim inversamente, surgindo uma nova visão, a imagem que nos olha de volta e interroga, inquieta e instiga. O outro como ponto vital de apoio, apoio para problemas de difícil solução.

Desse modo, a mediação está diretamente ligada a valorização dos laços de relacionamento e de afetividade nas relações continuadas, especialmente os familiares e de amizade. Um dos pontos extremamente favoráveis de se decidir algo em conjunto, é o entendimento sobre os limites do poder de cumprimento daquilo que será decidido por cada indivíduo. Nesse sentido, por exemplo, ao decidir em um processo judicial o juiz poderá impor que se pague um valor x de alimentos, analisando o binômio necessidade de quem recebe os alimentos e possibilidade de quem os paga, fazendo uma análise objetiva do caso concreto. Enquanto isso, pela mediação, em entendimento consensual entre os indivíduos envolvidos, estes, sabendo das necessidades mútuas poderão estabelecer valor diverso, que atenda aos interesses de ambos, o que tende a ser muito mais eficaz do que uma imposição.

Quanto ao acordo ser construído pelos envolvidos no conflito Breithman e Porto (2001, p. 66) salientam que:

O acordo construído pelo próprio casal em torna o descumprimento uma hipótese remota. Assumindo o compromisso conjunto de retomar o processo de mediação em caso de alguma divergência ou dificuldade no cumprimento do acordo, as portas ficam abertas e o casal pode procurar seu mediador ao menor sinal de desconformidade, não permitindo dessa forma, não permitindo

que uma situação difícil se perpetue ou se instale dentro da relação pós-separação.

Assim, a proposta da mediação busca dar autonomia aos indivíduos para que busquem soluções dialogadas para os conflitos, dando a ele a sua devida importância, mas buscando solucioná-lo de maneira eficaz sem destruir relacionamentos com a taxativa forma de vencedor versus perdedor.

Nesse contexto, pela complexidade das questões que envolvem os relacionamentos familiares e seus conflitos, entende-se que a busca por respostas pela imposição única e exclusivamente da lei não é suficiente, sendo necessário e adequado tratar o conflito a partir das especificidades vivenciadas por cada família, buscando a valorização de sentimentos e interesses a partir da exposição dos mesmos pelos próprios envolvidos no conflito.

Assim, a mediação se torna uma opção adequada, pois sua proposta é justamente proporcionar aos envolvidos espaços de diálogo que possibilitem ver o conflito a partir de outros ângulos, bem como “(...) permitir a continuidade da relação entre as partes em uma perspectiva de um futuro.” (TARTUCE, 2008, p. 209).

A respeito da utilização da mediação Warat (2001, p. 31) expõe que “os conflitos nunca desaparecem, se transformam”, sendo a mediação um “processo de sensibilidade que institui um novo tipo de temporalidade” (WARAT, 2001, p. 35).

Desse modo, a mediação de conflitos familiares deverá abordar, além da solução da questão em contenda, a reintegração da comunicação familiar, para que os laços afetivos entre os membros de uma família sejam mantidos, independentemente da manutenção dos laços conjugais, especialmente quando há filhos comuns entre o casal. Assim, a mediação se mostra como forma saudável de solucionar conflitos, facilitando a comunicação entre as partes para propiciar que as mesmas protagonizem a solução consensual.

Spengler (2011, p. 209) destaca que “a mediação, como ética da alteridade, reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da

integridade e da totalidade dos espaços de privacidade do outro, repudiando o mínimo de movimento invasor e dominador. ”

A mediação em si se organiza de forma a auxiliar os conflitantes a um acordo, numa relação na qual há uma dominância patriarcal torna-se mais complicado ao mediador a realização do diálogo entre as partes, normalmente estamos presentes num contexto de supremacia do homem nas quais, mesmo sem a incidência de violência física, a mulher se sente intimidada pois foi levada a acreditar que o homem comanda n lar. Apesar de acreditarmos que estes episódios estão mais escassos, há de se convir que em certos círculos sociais isto é o habitual, uma dominação difícil de ser dissolvida se não há o reconhecimento dos indivíduos que ambos são peças importantes, similares e iguais na relação, cada qual com sua singularidade, mas cada qual com respeito mútuo e assistência igualitária.

Assim a mediação nestes casos tem a incumbência mais difícil, a de levar aos envolvidos no conflito o conhecimento de que ambos podem ter seu posicionamento sobre o conflito, que um não é e nem será superior ao outro, colocando os conflitantes em pé de igualdade para que entendam a real necessidade de se respeitar indiferentemente do gênero aqui envolvido.

4. A mediação extrajudicial no âmbito do projeto de extensão

O Projeto de Extensão “Conflitos Sociais e Direitos Humanos: alternativas adequadas de tratamento e resolução”, do Curso de Graduação em Direito Da Unijuí, desenvolve há mais de 07 anos atividades de mediação de conflitos com diferentes enfoques, especialmente mediação familiar, escolar e comunitária.

No que tange especificamente a mediação familiar, a mesma é realizada no espaço do Escritório Modelo do Curso de Graduação em Direito da Unijuí, constituindo-se como uma opção para os usuários que optam voluntariamente por esta forma de resolução de seus conflitos. Assim, o primeiro passo é informar a existência do projeto, explicando no que consiste a mediação. Havendo interesse do usuário em participar da mediação

é realizado contato com o outro conflitante, oportunidade em que também explica-se no que consiste a mediação e procedimento a ser adotado. Com o aceite dos envolvidos, designa-se a primeira sessão de mediação.

Com a presença dos mediados no dia e hora designados para a mediação, é realizado o acolhimento pela professora mediadora, seguido do termo de abertura com a explicação do procedimento, dos princípios a serem observados, bem como sobre os preceitos básicos para a realização da sessão, ao final, os mediados são questionados sobre a compreensão do que foi explicado e se mantem o interesse de dar prosseguimento a sessão de mediação. Posteriormente, cada um dos mediados expõem sobre o conflito e seus interesses, bem como sobre os aspectos que entendem pertinente para ser compartilhado. Cada um terá o seu momento de fala, a qual não deve ser interrompida observando-se a escuta ativa e contribuindo para o bom andamento da mediação.

Explicitados a mediadora o que se procura na mediação, esta auxiliará para que ambos, conjuntamente, construam um consenso sobre o conflito. Será possível realizar uma ou mais sessões de mediação, inclusive com sessões individuais, possibilitando que momentos diferenciados para que os desentendimentos e conflitos possam ser objeto de diálogo. No entanto, o mediador conjuntamente com os mediados limita os encontros a 4 ou 5 sessões, a depender do caso. Após, em havendo consenso poderá ser formalizado o termo de entendimento.

No ano de 2019, de fevereiro a outubro, foram atendidos quatorze casos pela mediação familiar, nos quais alguns envolviam dois conflitantes e em outros mais envolvidos, compreendendo os seguintes tipos de conflitos: dissolução de união estável (10), divórcio (2), partilha de bens (1) e definição de alimentos gravídicos (1). Relevante salientar que, embora o objetivo da mediação não seja o acordo, mas sim a promoção do diálogo qualificado, aproximadamente 75% das mediações realizadas resultaram em acordos, demonstrando que é preciso oportunizar esse método auto-compositivo de resolução de conflitos para que as pessoas possam optar por ele ou pelo método tradicional de acesso ao Poder Judiciário.

Cabe salientar que ações preventivas e de conscientização da importância do diálogo para a resolução de conflitos também é realizada na comunidade, em espaços como clube de mães, associação de idosos e centros comunitários, trabalho que reflete diretamente nas relações familiares, no sentido de contribuir na compreensão de que os conflitos fazem parte das nossas relações, sendo que forma como é feita a gestão dele é que definirá se o conflito foi positivo ou negativo, sendo extremamente importante ser protagonista e buscar resolvê-lo a partir do diálogo qualificado e da escuta ativa.

5. Conclusão

A resolução de conflitos familiares torna-se de mais complexa quando há dominação masculina no lar, no sentido de ser o homem o “mestre” da família, aquele que determina as regras e a forma de convivência de todos os integrantes do núcleo familiar, não aceitando o descumprimento e o questionamento das regras por ele impostas e, tampouco, a divergência de opiniões.

Apesar da complexidade de tais conflitos e, as dificuldades de aplicação de formas autocompositivas de resolução de conflitos nesse contexto, a mediação mostra-se como um método adequado e eficaz para os conflitos familiares, pois a intermediação do mediador possibilita espaços de fala para todos os conflitantes, possibilitando que cada um possa expor suas questões, interesses e sentimentos.

Assim, diante do exposto, dos estudos realizados e da vivência da prática da resolução de conflitos por meio da mediação pré-processual para conflitos familiares, entende-se esta como método adequado de solução de conflitos auxiliando no processo de transformar o acesso à justiça realmente ativo, com a participação direta dos envolvidos.

A solução do conflito de forma mediada, a continuação do relacionamento pós conflito, as emoções que versam uma sessão de mediação

mostram a necessidade de alguns, pela sua natureza e complexidade, serem difíceis de serem respondidos apenas sob o ponto de vista legal. Assim, se adaptam as formas dialogadas e participativas de resolução como a mediação.

Todavia, a mediação do conflito e, o próprio acordo, não exclui que um novo conflito possa novamente ser vivenciado entre os mesmos indivíduos, até por que o conflito faz parte das relações humanas como bem salientado no presente texto, mas acredita-se que após uma experiência com a aplicação da mediação, há grandes possibilidades de o novo conflito ser gerenciado pelos envolvidos no âmbito privado ou novamente ser enfrentado pela mediação.

Essa concepção da mediação como uma forma de entender o conflito e de convivência com o outro pelo diálogo é o que se busca alcançar por meio das práticas realizadas pelo Projeto de Extensão “Conflitos Sociais e Direitos Humanos: alternativa de tratamento e resolução”, possibilitando que os sujeitos sejam autônomos na solução de suas divergências no âmbito familiar, buscando o Poder Judiciário para respostas de forma excepcional.

Referências

- BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. (Tradução Maria Helena Kühner). 11^a Edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012
- BREITMAN, Stella; PORTO, Alice Costa. **Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz**. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **A evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil**. Revista FONAMEC. Rio de Janeiro, v.1, n. 1, p. 354 -369, maio 2017.
- CAMURÇA, Silvia. **O Patriarcado e a Situação das Mulheres**. [S.l.: s.n. 2015?]. Disponível em: <http://www.articulacaodemulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/06/Texto-base-5-Patriarcado-e-a-situacao-das-mulheres.doc>. Acesso em: 19 out. 2019.

SIMMEL, Georg. **El Conflicto: sociologia del antagonismo**. Madrid: Ediciones Sequitur, 2013.

SIMMEL, Georg. **O conflito como socição**. (Tradução de Mauro Guilherme Pinheiro Koury). RBSE – Revista Brasileira de Sociologia da Emoção, v. 10, n. 30, pp. 568-573. ISSN 1676- 8965.

SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Alteridade. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César (orgs.). **Justiça Restaurativa e Mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí: Editora Unijuí, 2011

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação: Por uma Outra Cultura no Tratamento de Conflitos**. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. São Paulo; Editora Método, 2008.

TEDESCHI, Losandro Antonio. **História das Mulheres e as Representações do Feminino**. Campinas: Editora Curt Nimuendajú, 2008.

TOURAINÉ, Alain. **O Mundo das Mulheres**. (Tradução de Francisco Morás). Petrópolis: Vozes, 2007.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: MÉTODO, 2008.

WARAT, Luis Alberto. **Ofício do mediador**. Vol. 1. Florianópolis: Habitus, 2001.

Arbitragem como meio de informação ao acesso a justiça e a cidadania

*Taiane Lemos Lorencena*¹

Considerações iniciais

Sendo a arbitragem uma política pública de acesso à justiça e um meio alternativo de pacificação social (e de solução de conflitos), no qual se atribui a alguém por iniciativa e manifestação de vontade dos interessados o poder de decidir certo litígio a respeito dos interesses disponíveis.

A busca por justiça é uma constante ao longo da história da humanidade, mas o conceito de justiça varia de acordo com o tempo e com a cultura de cada sociedade. Modificam-se, também, ao longo da história os meios para alcançá-la, que passam por mecanismos como a autodefesa, a autocomposição, a heterocomposição e a própria jurisdição.

A cidadania, no Brasil, é pequena visto que a pobreza política é intensa, a idéia de cidadania desenvolvida pelo autor que era tratado no referido trabalho não é diferente da nossa, pois compreendemos cidadania, assim, como processo histórico de conquista popular, através do qual a sociedade adquire, progressivamente, condições de tornar-se um ser consciente e organizado, com capacidade de inventar e efetivar projeto próprio.

¹Mestra em Direito e Políticas Públicas de Inclusão Social, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) - Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bacharela em Direito pela Universidade de Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ

1. Consolidação da Arbitragem

A arbitragem se consagrou na antiguidade e desde então passou a assumir papel importante no tratamento de conflitos. Como suporte a isso, vê-se que foram encontradas provas de procedimentos de arbitragem entre os povos gregos, tanto entre particulares como entre cidades-estados.

A arbitragem romana, se destacou por apresentar grande semelhança com os princípios constantes na lei padrão do instituto atual. No caso, o árbitro era livre para evitar o formalismo do direito puro, podendo assim utilizar mecanismos mais pragmáticos, encaminhados a alcançar uma resposta mais satisfatória. Cabível era a execução forçada do laudo arbitral.

No Brasil a arbitragem é legalmente conhecida desde a época da colonização portuguesa, sendo que desde esse tempo até o século atual se vê desbravando e consolidando um novo caminho, como é caso quando da criação de câmaras arbitrais e da elaboração de projetos de lei (MORAIS; SPENGLER, 2012).

A arbitragem foi revista pelas Ordenações Filipinas, no seu livro II, Títulos XVI, LIII e XVII. A partir daí o Código Comercial Brasileiro de 1850 estabeleceu o arbitramento obrigatório para as causas entre os sócios de sociedades comerciais, durante a existência legal, liquidação ou partilha da sociedade ou companhia. Portanto, o Regulamento nº 737 de 1850 (primeiro diploma processual codificado) restringiu tal obrigatoriedade estritamente às causas comerciais. Mesmo assim, surgiram inúmeras críticas a este caráter compulsório. Diante desta posição, a Lei nº 1.350 de 1866 revogou tais dispositivos, e o Código Civil de 1916 reduziu a arbitragem a mero compromisso. Os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 também dispuseram da mesma forma em seus artigos 1.031 a 1.040 e 1.072 a 1.102, respectivamente, o que garantiu ao instituto uma versão facultativa em vigor até o advento da lei.

Ligada às relações comerciais, a arbitragem não possui uma postura rígida e constante; ela evolui de forma característica de acordo com a tradição do país que a adota e da lei-padrão que a guiou, o que enseja exame

de todos os seus aspectos materiais e técnicos particularizadamente. (MORAIS, SPENGLER, 2012).

A arbitragem é uma técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam, em uma terceira pessoa ou em um colegiado, de sua confiança, a solução amigável e “imparcial” (porque não feitas pelas partes diretamente) do litígio. Trata-se, portanto, de uma heterocomposição (DIDIER, 2017).

Essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciões, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados’ (CINTRA, 1999, p. 26).

A decisão proferida pelo terceiro ou colegiado escolhido terá a mesma eficácia que uma sentença judicial. Na busca pela melhor solução para as partes, que se fala em mecanismos privado de solução de litígio, ou meio alternativo de solução de controvérsia, ou, ainda, método extrajudicial de solução de conflito. A arbitragem é o modelo mais adequado para diversas situações, também é conhecida como meio adequado de solução de disputa. (CAHALI, 2017).

Com o fato de que o árbitro pode ser qualquer pessoa de alguma outra área que não seja a jurídica, ele pode contribuir para que se alcance a decisão mais adequada e com maior precisão (MARINONI, 2017).

Para Carmona a arbitragem é:

Meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja – para solução de conflito relativa a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor (CARMONA, 2004, p. 51).

Costuma-se dizer que a arbitragem é meio alternativo de pacificação social (e de solução de conflitos), colocada ao lado da estrutura jurisdicional do Estado, através da qual se atribui a alguém, por iniciativa e

manifestação de vontade dos interessados ou colegiado, o poder de decidir certo litígio a respeito dos interesses disponíveis, de forma cogente (MARINONI, 2017).

Para que seja válida a opção pela arbitragem, ambas as partes devem estar de acordo para que seja determinada a convenção da arbitragem. E nesses casos, diga-se que, no Brasil, a arbitragem é regulada pela Lei nº 9.307/1996, alterando a Lei nº 13.129/2015.

Morais e Spengler (2012, p. 218-219) citam alguns interesses para escolher a arbitragem, que são os vícios da via judiciária. O primeiro seria o ramo do judiciário, que às vezes parece perto da ruína total, observado o famigerado excesso de litígios associados a soluções demoradas e, por vezes, não satisfatórias, que chegam a desestimular a resolução de disputas perante a justiça estatal.

A segunda onda é a crescente complexidade dos negócios, reflexo da complexidade das relações sociais. Tratam-se de momentos em que as pendências vão se tornando extremamente complicadas, provocando uma série de problemas de compreensão da matéria subjacente aos casos, tanto para magistrados quanto para advogados. Assim, inspira a possibilidade de utilização de pessoal técnico que desfrute de idoneidade profissional, natureza do procedimento arbitral, sendo um mecanismo diverso, que não sofre as inconveniências do juízo judiciário, e conferindo, ao menos teoricamente, rapidez, neutralidade, especialização, confidencialidade, flexibilidade, baixo custo e a certeza da aplicação da normativa desejada.

E, por fim, a terceira onda se vê na crescente facilidade da execução das sentenças arbitrais na atualidade. Com as convenções internacionais, a questão da execução dos laudos arbitrais, que antes era sem efeito até que se desse a homologação pelo Judiciário, já tem solução, não configurando mais barreira. Pode ser constituída por meio de um negócio jurídico denominado convenção da arbitragem.

Uma das maiores vantagens da arbitragem é a escolha do julgador, onde as partes em comum acordo escolhem um terceiro ente imparcial de

sua confiança para julgar o caso em questão. A rapidez também se enquadra nessas vantagens, sendo que um dos benefícios estabelecendo na lei da arbitragem, é o de que o procedimento arbitral seja encerrado em seis meses após instituída a arbitragem (mesmos nos casos em que levar mais tempo para ser solucionado, as instituições da arbitragem demonstram que o prazo não ultrapassa um ano). (CAHALI, 2017).

Outra vantagem é o julgamento arbitral ser em instância única, sem possibilidades de recurso, e o cumprimento espontâneo das decisões.

Há ainda outras duas vantagens da arbitragem: confidencialidade e método econômico financeiro. No caso da confidencialidade, mesmo não contida na lei da arbitragem a exigência, a vantagem é nítida, pois tanto as partes quanto o objeto conflituoso não serão divulgados, evitando-se, por exemplo, ferir a imagem da empresa, pela divulgação de segredos industriais ou do *quantum* da demanda. (CAHALI, 2017).

Quanto ao método econômico financeiro, que é visto a partir do resultado final, como por exemplo, a própria confidencialidade, tecnicidade do árbitro ou a insegurança das decisões judiciais, só em pensar pelo julgamento em única instância, sem o ônus decorrente e das despesas para se sustentar o processo com diversos recursos já é uma vantagem. (CAHALI, 2017).

Comparando com a Espanha e outros países da Europa, como sendo as legislações avançadas, a lei da arbitragem no Brasil não deixa a desejar, por que naquele continente a cultura da arbitragem já estava incorporada ao Direito (CAHALI, 2017).

A principal inovação foi a independência conferida à jurisdição estatal, dispensando a homologação pelo poder judiciário da sentença arbitral. Sendo que nas sentenças estrangeiras bastaria a homologação do próprio laudo do Supremo Tribunal de Justiça. Também superou outro obstáculo ao conceder força vinculante à cláusula compromissória. As partes podem já, ao firmar o contrato, prever a utilização da arbitragem para futuros conflitos (CAHALI, 2017).

Existindo cláusula arbitral, haverá, por manifestada a vontade das partes na convenção da arbitragem, a exclusão prévia e irretroatável da jurisdição estatal; este é o efeito negativo da cláusula compromissória.

Foi constituída no Senado Federal uma comissão de especialistas com a finalidade de elaborar um anteprojeto de lei de arbitragem e mediação. (CAHALI, 2017, p. 130). Após debates de audiências públicas, foi sancionada a Lei 13.129 de 26.05.2015, valorizando a arbitragem.

Quando entrou em vigência a lei da arbitragem no Brasil, em incidente ao processo de homologação de uma sentença arbitral estrangeira proferida na Espanha de n.SE 5.2006/ES, o STF foi provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade da norma, em razão da garantia de acesso à justiça prevista no artigo 5º XXXV da Constituição Federal de 1988.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (CADÊ A REFERÊNCIA, TAI???)

Para CAHALI (2017, p. 132):

A lei não impõe a utilização da arbitragem tendo integro aos interessados o acesso a jurisdição estatal, porém, como expressão da vontade e liberdade de contratar, nas questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis, permite que seja eleito o palco arbitral para a solução do conflito.

São basicamente quatro teorias existentes acerca da arbitragem: a privatista (contratual), a (publicista) intermediária ou mista (contratual-publicista), e a autônoma.

A primeira delas, a privatista, entende que a arbitragem representa somente a extensão do acordo firmado entre as partes, ou seja, a atribuição dada ao árbitro para decidir, nada mais é do que o cumprimento do contrato. Ainda hoje é sustentado que a autonomia da vontade envolve toda a

arbitragem. “A causa é o contrato, e a arbitragem é o efeito”. (CAHALI, 2017, p.135).

Teoria publicista ou jurisdicionalista, confere à arbitragem natureza jurisdicional, ou seja, confere ao juiz e ao árbitro, por meio de disposições legais, poderes, para resolver conflitos de interesses. Os árbitros, assim, são verdadeiros juízes, pois é atribuída autoridade a eles para resolver o conflito. (CAHALI, 2017).

A teoria intermediária ou mista, se fundamenta nas teorias anteriores, em que não se pode resolver a arbitragem fora do sistema jurídico. E, por fim, a teoria autônoma é identificada na arbitragem como um sistema de solução de conflitos totalmente desvinculado de qualquer natureza jurídica existente. Cria-se nesta teoria uma jurisdição própria, independente e diversa da jurisdição que integra um sistema jurídico (CAHALI, 2017).

Para CAHALI (2017, p. 136):

A jurisdição será poder, atribuição e atividade de Estado, para por intermédio do judiciário, aplicar o ordenamento ao caso concreto. E assim, seria afastada a natureza jurisdicional da arbitragem, pois sua organização não integra o Estado, ao contrário, pertence ao sistema privado de solução de conflito. Por outro lado, ao considerar a jurisdição como poder de solucionar controvérsia independente da qualidade (pública ou privada) do agente que irá exercer essa atribuição, é inegável a natureza jurisdicional da arbitragem.

A jurisdição se impõe, seja ela exercida pelo Estado ou pela arbitragem. O árbitro estará investido de jurisdição ao caso que lhe for apresentado pelos interessados. Enquanto autoridade abstrata de dizer o direito, a jurisdição é conferida ao Estado e aos particulares, onde a lei prevê, estabelece regras, requisitos e condições para a jurisdição privada ser exercida, ou seja, a jurisdição em tese é atribuída pelo ordenamento jurídico (CAHALI, 2017).

O Código de Processo Civil, no seu artigo 3º, trata da natureza jurisdicional da arbitragem, garantindo apreciação jurisdicional, previsto no caput.

Art.3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

A diferença da jurisdição estatal para a arbitral é que a primeira é oferecida pelo Estado, estando à disposição de qualquer pessoa, e uma vez provocada, exige submissão daquele em face de quem é apresentada. Já na segunda, as partes escolhem por sua livre manifestação de vontade submeter o litígio ao árbitro.

No Estado a jurisdição está disponível pela vontade de cada um; na arbitragem, diferentemente da jurisdição apenas àqueles que de comum acordo assim deliberam. A jurisdição estatal é atribuída ao Estado, e de livre acesso a qualquer interessado. A jurisdição arbitral é outorgada por lei in abstrato, e atribuída in concreto ao árbitro pelas partes que assim quiserem. (CAHALI, 2017, p. 138-139).

Na convenção arbitral, cuja origem é contratual, quando se indica a forma pretendida para a solução do conflito, já se apresenta à jurisdição. Diferente do instituto da arbitragem (Lei 9.307/1996), que se desperta quando da instauração do procedimento (CAHALI, 2017).

A arbitragem como nos outros métodos alternativos de conflitos como na conciliação e na mediação, procuram solucionar os conflitos de maneira mais rápida que a justiça comum, facilitando assim o acesso à justiça e a solução do litígio em menor espaço de tempo, como será abordado no item a seguir.

2.Acesso à justiça e Cidadania como meio de Informação

No Brasil, os indícios da implantação do Princípio do Acesso à justiça deram em momento anterior a promulgação da Constituição Federal de

1988, quando a Lei nº 7.244/84, que dispunha da criação e funcionamento do juizado especial de pequenas causas, já apontava ampliar as formas de acesso ao Poder judiciário, principalmente as classes menos favorecidas.

Foi com a Constituição Federal de 1988, que o acesso à justiça no Brasil tomou contornos transformadores e conferiu aos jurisdicionados as garantias do pleno acesso, como também outras garantias, tais como “devido processo legal, juiz natural, contraditório e ampla defesa, dentre outros”. (BERTASO, 2015, p.147).

A busca por justiça é uma constante ao longo da história da humanidade, mas o conceito de justiça varia de acordo com o tempo e com a cultura de cada sociedade. Modificam-se, também, ao longo da história os meios para alcançá-la, que passam por mecanismos como a autodefesa, a autocomposição, a heterocomposição e a própria jurisdição. No direito processual, o ícone dessa reflexão foi o “Movimento Universal de Acesso à Justiça”, retratado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth na obra “Acesso à Justiça”.

Nos séculos XVIII e XIX correspondendo ao acesso formal e natural da proteção judicial do direito formal da pessoa, de propor ou defender-se em juízo, embora fosse considerado natural, direitos naturais não exigiam do Estado uma ação para sua garantia, permanecendo portanto, em uma posição passiva diante da sociedade. O Estado tinha como preocupação que apenas sua preservação não fosse infringida por outros estados. O Estado, portanto, permanecia passivo com relação aos problemas, como a aptidão de uma pessoa de reconhecer e defender seus direitos na prática.

O afastamento das pessoas em procurar e utilizar a justiça não era sua preocupação, mas sim a justiça no sistema *laissez-faire*, que poderia ser obtida por aqueles que tinham condições de custear suas despesas, aqueles que eram menos favorecidos financeiramente eram considerados os únicos responsáveis pela sua sorte. Assim, o acesso formal não efetivo a justiça, correspondia apenas a igualdade formal. (CAPPELLETTI, 1988).

Para Cappelletti e Garth (1988) é difícil ter uma definição exata de acesso à justiça, mas os definem em dois sistemas pelo qual os cidadãos

podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus conflitos sob o Estado. Primeiro, o sistema deve ser com direitos iguais e acessível a todos, por segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e justos.

O acesso à justiça é encontrado expressamente na Convenção Americana de Direitos Humanos (também conhecido como “Pacto de San José da Costa Rica”), em seu artigo 8º, quando trata das garantias judiciais:

Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza (OAS, 1969).

Segundo Cappelletti e Garth (1988), o direito de acesso à justiça é um requisito fundamental, o meio mais básico dos direitos humanos, não só proclamando os direitos de todos, mas garantindo a eles um sistema jurídico igualitário, sendo realmente efetivado a todos um acesso à justiça, como uma garantia constitucional prevista em lei.

O acesso à justiça é traçado em três posições, a primeira delas é a assistência judiciária gratuita, tendo como objetivo atender as pessoas que não tem condições de custear um processo. Neste primeiro caso, trata-se também do sistema *Judicare*, tendo como finalidade proporcionar aos conflitantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado (CAPPELLETTI, 1988).

Uma das três posições feita por Gath e Cappelletti (1988) de acesso à justiça, é na primeira delas o que os mesmos chamam de ‘onda’, contaria com acesso à justiça para adequada representação das pessoas em situação menos favorecidas, conforme preceitua o art. 98 do atual Código de Processo Civil, informação e assistência extrajudicial antes do juízo e também com o dever público que é a remuneração do liberal, advogado público e a solução mista.

Essa primeira onda foi marcada basicamente por dois sistemas: o *Judicare* e o advogado remunerado pelos cofres públicos. O *Judicare* tem

como regra a assistência judiciária e ela passa a ser estabelecida como um direito. Esse sistema é muito simples: a cobrança dos honorários era mandada pelo advogado para o Estado e não para o cliente. No programa britânico eram estabelecidas listas de profissionais que concordavam em prestar esses serviços, considerando os limitadores de pagamentos (espécie de tabela de preços) impostos pelo Estado. A fragilidade deste sistema incide na sua falta de aparelhamento para ir além da assistência dos problemas individuais. (SPENGLER; WRASSE, 2016, p.214)

O *judicare* tem como objetivo diverso da assistência judiciária, quando trata dos advogados remunerados pelos cofres públicos. Os serviços jurídicos deveriam ser prestados por “escritórios de vizinhança”, que acontecia quando eram atendidos por advogados, pagos pelo governo e responsáveis de promover os interesses dos pobres enquanto classe. As vantagens da *judicare* além dos custos, é um dos problemas derivados da desinformação jurídica, ela ataca outras barreiras como ao acesso individual, além de apoiar os interesses difusos ou de classe das pessoas mais necessitadas. No entanto, a principal desvantagem é que muitas pessoas daquele meio social, acham que os advogados que lhe prestam o serviço, pensam que só porque são pobres não são capazes de perseguir com seus próprios interesses, tratam-se conforme elas, como indivíduos comuns com menor poder aquisitivo. (CAPPELLETTI, 1988)

Em alguns países² foi adotada a combinação destes dois sistemas, na medida em que foram conhecidas as suas limitações, os governos os adotaram como aparelhos complementares, um complementando os obstáculos apresentados pelo outro.

Ou seja, esta primeira onda se constituiu na assistência judiciária aos menos favorecidos financeiramente. No início os serviços jurídicos eram prestados por advogados particulares, como serviços voluntários, sendo que os resultados foram insatisfatórios. (CAPPELLETTI, 1998).

² A maior realização das reformas na assistência judiciária na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental, foi o apoio ao denominado sistema *judicare* (CAPPELLETTI, 1988, p. 35).

A segunda onda é a representação dos interesses difusos, possibilitando assim que interesses e conflitos cheguem até os tribunais, a ação governamental é o principal método para representação dos interesses difusos, principalmente por apoiarem os grupos e os indivíduos a atuarem em defesa de seus interesses.

O principal método para a representação destes interesses se dá por meio da “ação governamental”: através do Ministério Público e instituições correspondentes, ou também, outra solução governamental seriam as agências públicas regulamentadoras. Por outro lado, existe a técnica do Procurador-Geral Privado que permite aos indivíduos a propositura de ações que visem defender os interesses públicos e/ou coletivos, admite-se que os cidadãos possam impugnar ações do governo. (SPENGLER; WRASSE, 2016).

Nestes casos trata-se também da técnica do Advogado Particular do Interesse Público, que inicialmente busca o reconhecer os grupos organizados para a defesa dos interesses difusos, compreendendo a importância de consentir as ações coletivas no interesse público. Alguns grupos são mais bem estruturados que outros, fato que revela obstáculos nesta técnica de defesa dos interesses difusos. (SPENGLER; WRASSE, 2016).

E, por fim, a terceira onda que trata do acesso a representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça. (CAPPELLETTI, 1988, p. 67).

Segundo Cappelletti e Garth (1998, p.67):

(...) esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou para profissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios.

Essa “onda” reflete a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos. Ela concentra sua atenção para o conjunto, levando em conta as instituições e mecanismos, pessoas

e procedimentos utilizados para processar e até mesmo prevenindo disputas nas sociedades modernas. (CAPPELLETTI, 1988).

O terceiro e atual período de acesso à justiça corresponde a ampliação de novas modalidades de soluções consensuais de conflito, abandonando fórmulas unicamente positivadas, e dando prioridade ao sistema público de solução de conflitos como se este fosse legitimado principalmente pela satisfação do jurisdicionado com a condução e com o resultado final do processo. (AZEVEDO, 2013).

Costuma-se vincular o acesso à justiça com o artigo 5º, *caput* e inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O artigo 5º, em seus *caput* e inciso XXXV, da Constituição Federal, deixa claro que o Estado deve prestar meios para o acesso ao Judiciário, como se vê na criação da concessão de assistência judiciária gratuita e pela existência da Defensoria Pública.

Entre 1992 e 1996 ocorreram dois casos que chocaram o Brasil com a violência policial, onde menores e trabalhadores foram mortos afuzilados, em algum destes casos ainda não foram nem julgados.

Se tratando do acesso à justiça nestes casos como em outros, o poder judiciário não cumpre seu papel, tratando-se como por exemplo dos policiais, como visto anteriormente, onde na maioria das vezes não protegem os cidadãos de bem, ao contrário já chegam atirando e matando quem eles encontram pela frente.

O acesso à justiça é limitado, não é toda a população que tem acesso, e mesmo tendo este acesso não sabe quando e como utiliza-lo. Os poucos que procuram o poder judiciário precisam custear as despesas, e a espera do processo que muitas vezes demoram anos para ser solucionado. Estas

peessoas que tem pouco acesso à justiça ou nenhum acesso, tem a descrença que a justiça não é feita para os pobres e sim para os ricos, que tem acesso mais facilitado a justiça e na maioria dos casos nunca são punidos (CARVALHO,2002)

É pequena a parcela da população que pode contar com a proteção da lei, mesmo nos grandes núcleos. Do ponto de vista da garantia dos direitos civis, os cidadãos brasileiros podem ser divididos em classes. Há os de primeira classe que são considerados os privilegiados, os "doutores", que estão acima da lei, que sempre alcançam seus interesses pelo poder do dinheiro e da importância social. Os "doutores" são pessoas brancas, ricas, bem vestidas e com formação universitária. São empresários, banqueiros, grandes proprietários rurais e urbanos, políticos, profissionais liberais, altos funcionários (CARVALHO,2002)

Repetidamente, mantêm vínculos importantes nos negócios, no governo, no próprio Judiciário. Esses vínculos permitem que a lei só funcione em seu favor. Em um cálculo aproximado, poderiam ser considerados "doutores" os 8% das famílias que, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 1996, recebiam mais de vinte salários mínimos. Para eles, as leis ou não existem ou podem ser forçadas. Ao lado dessa classe privilegiada, existe uma grande quantidade de "cidadãos simples", de segunda classe, que estão sujeitos a rigidezes e benefícios da lei (CARVALHO,2002)

São a classe média, os trabalhadores assalariados com carteira de trabalho assinada, os pequenos funcionários, os pequenos proprietários urbanos e rurais. Podem ser brancos, pardos ou negros, têm educação fundamental completa e o segundo grau, em parte ou todo. Essas pessoas nem sempre têm noção exata de seus direitos, e quando a têm precisam dos meios necessários para os fazer valer, como o acesso aos órgãos e autoridades competentes, e os recursos para custear ações judiciais (CARVALHO,2002)

Frequentemente, ficam à mercê da polícia e de outros agentes da lei que definem na prática que direitos serão ou não respeitados. Os "cidadãos

simples" poderiam ser localizados nos 63% das famílias que recebem entre acima de dois a vinte salários mínimos. (CARVALHO,2002)

A cidadania, no Brasil, é pequena visto que a pobreza política é intensa segundo Demo (p.8), "a função mais real da política social tem sido *controlar e desmobilizar* a população". A idéia de cidadania desenvolvida por ele não é diferente da nossa, pois compreendemos cidadania, assim, como processo histórico de conquista popular, através do qual a sociedade adquire, progressivamente, condições de tornar-se um ser consciente e organizado, com capacidade de inventar e efetivar projeto próprio.

Chega-se à conclusão de que a situação brasileira, como constata CARVALHO (2002, p. 219), é *sui generis*:

primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois, vieram os direitos políticos de maneira também bizarra. A maior expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje, muitos direitos civis, a base da seqüência de Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população. A pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo.

A cidadania, como tem demonstrado, não se esgota na dimensão político-participativa, visto que todo processo de emancipação é complexo, aliás:

A questão político-participativa em política social coloca questões complexas, a partir do reconhecimento de que política social não se restringe à atuação pública. Diante da questão social – de desigualdade social –, o confronto entre iguais se dá na arena pública e civil, sendo esta, muitas vezes, decisiva, e sempre mais fundante. Essa característica serve, ademais, para testar a qualidade política de uma sociedade: onde a desigualdade é somente confrontada na arena pública, reina a tutela sobre a sociedade, que acaba cristalizando novos conteúdos históricos. Condição fundamental de cidadania é reconhecer criticamente que a emancipação depende fundamentalmente do interessado. Não dispensa apoios – os públicos são sempre necessários – e instrumentais. A estratégia secular de obstaculização do processo de formação da cidadania inclui

a tutela, em particular políticas sociais assistencialistas, que aplacam o potencial reivindicativo e transformador em troca de migalhas. (DEMO,1992, p. 17)

Mencione-se ainda os direitos sociais de cidadania sem os quais o tripé de Marshall restaria incompleto. Os direitos sociais são direitos de terceira geração, só possíveis depois do exercício proveitoso dos direitos civis e depois dos políticos em ordem lógico cronologia.

Conclusão

A arbitragem como nos outros métodos alternativos de conflitos como na conciliação e na mediação, procuram solucionar os conflitos de maneira mais rápida que a justiça comum, facilitando assim o acesso à justiça e a solução do litígio em menor espaço de tempo.

Sendo a arbitragem muito utilizada no que trata das políticas públicas de acesso à justiça e a cidadania, que é um instrumento da defesa dos seus direitos. No sistema Jurídico, ao adotar uma política pública de tratamento dos conflitos e auxiliando ao poder judiciário a diminuir sua sobrecarga, tem como seu interesse a pela busca efetiva e rápida na sua jurisdição.

Foi pensando nestes métodos alternativos de conflitos, que surgiu a arbitragem como um meio facilitador do acesso ao poder judiciário, e pelas partes de comum acordo escolher um árbitro ou colegiado para dirimir seus conflitos.

Conclui-se com esta pesquisa que a opção pela utilização da arbitragem para a solução dos conflitos é um dos métodos mais importantes e pouco utilizado atualmente no Brasil, mesmo estando presente nas áreas mais importantes do direito, a arbitragem ainda é pouco conhecida pela sociedade mais muito conhecido na área jurídica por fazer parte dos métodos alternativos de conflito (mediação, conciliação) e pela sua rápida resolução.

Referências

- AZEVEDO, André Gommade. **Novos desafios de acesso à justiça: novas perspectivas decorrentes de novos processos de resolução de disputas**. In: Mediação de Conflitos. (Org). Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva. São Paulo: Atlas, 2013, p.3-22.
- BERTASO, Joao Martins. VERONESE, Osmar, PIAIA Covaltti Thami. **Diálogo e entendimento: Direito e multiculturalismo e políticas de cidadania e resolução de conflito**. Campinas São Paulo, Millennium,2015.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Graice Nothfleet. Título original: Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARVALHO, JOSÉ MURILO. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002
- DEMO, Pedro. **Cidadania menor: algumas indicações quantitativas de nossa pobreza política**. Petrópolis: Vozes, 1992.
- SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, P. HELENA. **A autocomposição na administração pública como possibilidade de acessar a justiça**. In: REBOUÇAS, M.G; JUNIOR, S.G.J; NETO, C.R.E e (Org). **Experiências compartilhadas de acesso à justiça: Reflexões teóricas e práticas**. Santa Cruz do Sul. Essere nel mondo, 2016, p.213-227.

**Direito à saúde e políticas públicas:
a participação social em nível local
como condição para a sua implementação ¹**

Tanise Cuti Guerra ²

Adriane Medianeira Toaldo ³

Introdução

No conjunto dos direitos sociais, a saúde se apresenta como um dos aspectos de maior relevância, pois cidadãos com acesso à sistemas de prevenção, tratamento e medicamentos possuem melhor qualidade de vida e podem desempenhar com maior eficiência suas tarefas no conjunto da teia social. Não é por acaso que a legislação brasileira dedica importantes partes do seu arcabouço a este tema, justamente por se tratar de um dos direitos mais consagrados da população.

Entretanto, muito distante deste entendimento tem sido a posição daqueles que controlam o Estado, pois os investimentos em saúde têm deixado a desejar para a maioria da população, que enfrenta filas e demora

¹ O artigo é fruto do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Fundamentais e Especiais nas perspectivas individuais e coletivas (CNPQ).

² Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil. Campus de Santa Maria, RS. Endereço Eletrônico: tanny85@hotmail.com

³ Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, Santa Cruz do Sul, RS. Professora da Universidade Luterana do Brasil, Ulbra, Campus Santa Maria, RS. Advogada. Endereço Eletrônico: adrianetoaldo@gmail.com.

nos atendimentos, falta de materiais, equipamentos e profissionais, evidenciando que as políticas públicas de saúde não estão cumprindo seu dever constitucional de atender a toda à população.

As causas deste problema são múltiplas e envolvem a insuficiência de recursos, a corrupção, os desvios das verbas para outras finalidades, a incapacidade técnica e logística para atender uma população em crescimento, a existência de uma cultura hospitalocêntrica, a grande desinformação da população e a falta de políticas públicas para sanar a deficiência de outros direitos sociais, fazendo com que a saúde seja o desaguadouro natural de todas as outras mazelas que a população sofre. A falta de saneamento básico, a pouca remuneração que impede uma alimentação sadia, as moradias insalubres, a falta de conhecimento gerada por uma educação precária, todos fazem parte de um conjunto de fatores que geram doenças, inflacionando o número de pessoas que procura as unidades de saúde.

Algumas perspectivas têm sido apontadas como possíveis soluções para resolver este enorme problema, indicando que um caminho possa ser a descentralização na implementação de políticas públicas de saúde, conferindo ao poder local maior autonomia e integração com a sociedade civil para coordenar, implantar e fiscalizar este processo. Entende-se que o poder local, por ser o município que efetivamente oferta saúde à população, possa atender este direito social com maior efetividade e competência.

Desta forma, o presente artigo, cuja base teórica fundamenta-se no método hipotético-dedutivo e na pesquisa bibliográfica, expõe a necessidade de se repensar o atual modelo de saúde, transferindo grande parte do poder e da responsabilidade ao município, ao mesmo tempo em que incentiva a participação da sociedade civil organizada neste processo.

Este entendimento parte de alguns pressupostos, como o de que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, cuja exposição encontra-se na primeira parte deste artigo; de que ela será efetivada com maior eficácia através de políticas públicas, cujos argumentos encontram-se na

segunda parte do texto; e de que o espaço local, com autonomia e participação social, constitui a área de abrangência mais adequada para redimensionar a oferta pública de saúde, como se verá na terceira parte deste trabalho.

1 O direito à saúde a partir da Constituição Federal de 1988 e a criação do Sistema Único de Saúde (SUS)

O Brasil é um país com uma legislação avançada em relação aos direitos sociais, que inclui entre eles a saúde. A Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, promulgou, em seu artigo VI, um conjunto de direitos a serem garantidos pelo Estado (educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados), que constituem o que se pode chamar de mínimo bem-estar ou qualidade de vida, em prol de uma dignidade humana, princípio maior deste ordenamento jurídico (BRASIL, 1988).

Especificamente, em relação à saúde, a Carta Política proclama, em seu artigo 196, que esta é um direito de todos e um dever do Estado, o que leva a crer que deva ser ofertada de modo universal a todos os cidadãos, independentemente de sua condição, por parte dos órgãos públicos, sejam eles federais, estaduais ou municipais, o que pressupõe a criação de mecanismos ou dispositivos que garantam a sua oferta em todo o território nacional, através de políticas públicas. Compreende-se, desta maneira, que as ações de saúde constituem atividade de relevância pública na medida em que possibilitam ao cidadão viver no seu mais completo bem-estar.

Com saúde, as pessoas tem a capacidade de realizar tudo que está ao seu alcance para ser feliz, nem mesmo ajudar os outros para alcançar esta condição. Uma sociedade não pode ser considerada justa se todas as pessoas não tiverem este direito efetivamente oferecido, para que atinja um estado de completo bem-estar físico, mental e social (DALLARI, 2004). A saúde preconizada pela Constituição agregou novas dimensões, que vão

muito além da simples redução do risco de doenças, mas que está agregada a um conjunto de fatores, como alimentação, moradia, emprego, entre outros (BRASIL, 1990), direitos fundamentais que são essenciais para a dignidade humana, constituindo elementos fundamentais da ordem constitucional (SARLET; FIGUEIREDO, 2013).

Um marco importante a partir da promulgação do direito à saúde na Carta Constitucional foi a criação da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990), que estabeleceu a política pública de saúde brasileira, criando o Sistema Único de Saúde – SUS e dispoendo sobre a estrutura, organização e funcionamento do sistema no Brasil (BRASIL, 1990). Salienta-se ainda a edição da Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990 (BRASIL, 1990), que dispõe sobre a participação da comunidade do Sistema Único de Saúde. Estas duas leis sistematizam a oferta de saúde e a relação da sociedade civil organizada com as unidades de saúde nos entes federativos.

O Sistema Único de Saúde (SUS) revolucionou a maneira como o Estado oferta a saúde à população, constituindo-se como a maior política pública de saúde em nível nacional, como um verdadeiro plano de saúde, constituído por uma rede regionalizada mas ao mesmo tempo hierarquizado, organizado de acordo com as diretrizes da descentralização, integralidade no atendimento e participação da comunidade.

Um dos grandes destaques do SUS consiste em oferecer uma saúde ampla e irrestrita para toda a população, não importando se a pessoa atendida é um contribuinte previdenciário. Com a sua criação, imediatamente toda a população brasileira passou a ser o seu público-alvo, havendo uma expansão geométrica do sistema, o que viria a exigir um aumento correspondente de sua capacidade técnica, financeira e humana, o que ainda não se concretizou, mesmo após quase trinta anos.

Entende-se que muitas melhorias foram feitas, mas que ainda há muitas possibilidades de aprimoramento dos serviços, que incluem a melhor eficiência técnica dos hospitais, incluir mais serviços especializados, reduzir os desperdícios e o uso inadequado de recursos através da incorporação e gestão de novas tecnologias.

O SUS, da maneira como está estruturado, não é um consenso entre seus gestores e mesmo entre a população, pois há forças políticas que defendem a sua privatização e outras que lutam pela manutenção e ampliação da oferta de serviços públicos. A universalização da saúde está sendo questionada por aqueles que defendem os serviços pagos e a redução do papel do Estado na economia (AGUIAR, 2011).

O SUS também enfrenta obstáculos decorrentes de ordem estruturais e conjunturais, resultantes das grandes desigualdades socioeconômicas e culturais, pois o Brasil é um país continente que se formou a partir de diferentes situações regionais e que decorre da maneira como foi construído o seu federalismo (NORONHA; LIMA; MACHADO, 2012).

Para garantir a plena efetivação do direito à saúde, no Brasil, são necessários recursos financeiros suficientes para as ações e serviços públicos. No entanto, os direitos sociais, sobretudo nesta seara, dependem, para a sua concreta efetivação, de medidas positivas por parte do Estado, que deve agir por meio de políticas públicas, para a garantia do direito. “Sem recursos financeiros, fica muito difícil imaginar uma rede de serviços públicos de saúde, organizada em torno do SUS, que dê conta da saúde da população brasileira com respeito aos princípios da universalidade, integralidade e regionalização (AITH, 2010).

Com efeito, um dos desafios na seara da saúde pública brasileira, consiste em inverter a lógica centralizadora da política nacional de saúde (SUS), consistente na proposta do presente estudo, que, desde a Constituição Federal de 1988, é controlada pelo governo federal (CUNHA; CUNHA, 2008), o que gera a fragmentação institucional nesse campo, por isso, se impõe a sua transferência para o âmbito municipal, numa espécie de “unidade social organizacional”, apoiada na cogestão da sociedade civil e na cooperação de todas as demais instâncias federativas, de forma a priorizar as realidades regionais e locais.

Nesse norte, para consolidar o SUS, considera-se necessário mudar a relação que existe entre os entes federados, afirmando-se uma divisão de competências que articule os princípios nacionais de política com decisões

e parâmetros locais e regionais. Apesar dos grandes avanços é necessário romper com o modelo sobre o qual o sistema de saúde brasileiro se estruturou ao longo de várias décadas, centrado em uma conjuntura político-econômica internacional e nacional bastante desfavorável à consolidação de políticas sociais abrangentes e solidárias (NORONHA; LIMA; MACHADO, 2012).

2 Políticas públicas de saúde: aportes gerais

Todo direito social, incluindo a saúde, é efetivado por políticas públicas, que expressam os diferentes interesses dos grupos sociais que representam a sociedade civil e o Estado, formulando-se ações que expressem a vontade de todos os envolvidos (CUNHA; CUNHA, 2008). Assim, a concretização de direitos sociais depende de políticas públicas eficazes que transformem ideias em realidade (CUSTÓDIO; MENDES, 2010), pois os direitos sociais consagrados no texto constitucional constituem a garantia de uma vida com qualidade a que todo cidadão tem direito e a forma mais eficiente de garantir esses direitos é destinar recursos suficientes para proporcionar os meios adequados à satisfação de todas as necessidades vitais da pessoa de uma forma universal, para que não sejam vistas apenas como políticas compensatórias (LIBERATI, 2013).

As políticas públicas constituem a forma pela qual o Estado realiza as prestações materiais dos direitos sociais, que são preferencialmente coletivas, (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) gerando o gozo efetivo de direitos que são constitucionalmente protegidos (KRELL, 2002). Toda política pública constitui um conteúdo legal, de direito da população, expressando os conteúdos materiais e os objetivos políticos expressos na Constituição, pois a ideia de políticas públicas efetivas está relacionada com os direitos fundamentais sociais, sobretudo à saúde, no caso em apreço.

No Estado Democrático de Direito, as políticas públicas constituem o principal mecanismo de ação estatal vistas à realização dos direitos sociais,

econômicos e culturais,” de forma a tomá-las como um veículo privilegiado de realização desses direitos, tendo em vista serem eles os fins do Estado Constitucional (BREUS, 2007).

O SUS possui todas as características de uma política pública, pois atende a uma prestação material do Estado prevista na Constituição e nas leis decorrentes ao mesmo tempo em que efetivamente atende uma demanda social da população como um todo, em sua diversidade e pluralismo, ensejando direitos sempre no campo da legalidade e no respeito aos fundamentos balizadores da democracia, consoante estar o Brasil em um Estado Democrático de Direito (BITENCOURT, 2013).

Além de ser uma política pública que responde à real necessidade de concretização do direito social à saúde previsto na Constituição, o SUS, como ação estatal de saúde, consiste em um programa de ação governamental que visa coordenar os meios disponíveis em âmbito estatal e no meio privado para a realização de seus objetivos específicos. O Objetivo do SUS consiste em movimentar a máquina governamental, com o auxílio de serviços particulares e filantrópicos de saúde, no sentido de concretizar o direito social à saúde (BUCCI, 2006).

Também é preciso considerar que as ações do Sistema Único de Saúde estão pautadas por princípios que ordenam a sua aplicação, como universalidade, integralidade, equidade, hierarquização, descentralização e controle popular (incisos I, II, IV, VIII e IX do artigo 7º da Lei nº 8.080/90). Assim, tem como primeiro princípio a universalidade entendida como a garantia de acesso às ações e serviços de saúde públicos e privados por todo e qualquer cidadão independentemente de complexidade, custo e natureza dos serviços envolvidos. Isto significa atender a população em condições de justiça social, para todos os níveis, atendendo à complexidade que o caso requer e no local onde resida o cidadão, sem quaisquer privilégios ou obstáculos (NORONHA; LIMA; MACHADO).

Outro princípio importante do SUS é integralidade, que exige que o atendimento seja um conjunto articulado de ações e serviços preventivos

e curativos, individuais e coletivos, previsto para cada nível de especialidade, pois as ações de saúde formam um todo indivisível e não podem ser compartimentalizadas (MORETTO, 2002).

O SUS também opera por meio dos conceitos de regionalização e hierarquização. A primeira pressupõe uma adequada distribuição de serviços para a promoção da equidade de acesso, otimização dos recursos e racionalidade de gastos entre todos os entes da Federação. Por sua vez, a hierarquização compreende uma organização dos serviços em níveis de complexidade crescente com tecnologia adequada para cada nível, sendo que o acesso da população à rede deve iniciar-se pelo serviço de atenção básica (AGUIAR, 2011).

Sabe-se que todo serviço público de saúde compreende três distintos níveis de atenção: a) primário: de pequena complexidade (uma consulta, um curativo etc.); b) secundário: de complexidade secundária (uma pequena cirurgia, o engessamento de um braço etc.); e c) terciário: de alta complexidade (uma ponte de safena, o tratamento de uma infecção generalizada etc.) (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010).

Como política pública de saúde, o SUS norteia as ações dos entes federados (União, Estados e Município mais o Distrito Federal) a partir dos princípios e normas emanados da Carta Magna e a partir do entendimento de que a sociedade civil e o Estado devem trabalhar em estreita cooperação para atingir estes objetivos. À sociedade cabe o papel de gestora da realização pública, participando da efetivação desse direito fundamental através da inserção nos canais criados para seu processo de decisão.

Para que seja possível estabelecer a eficácia do SUS como efetivador do direito social à saúde, será necessário estabelecer parâmetros de análise com base em modelos aceitos internacionalmente. Também será necessário medir o seu crescimento, em território nacional, da oferta de produtos e serviços. Além disso, será preciso entrar na realidade de alguns municípios que apresentam características distintas para compreender como o SUS funciona, na prática, em diferentes conjunturas. Somente assim, poder-se-á ter

uma verdadeira dimensão do grandioso trabalho que significa organizar a saúde em um país continental, como é o caso do Brasil.

3 A participação em nível local como condição para a garantia da efetivação de políticas públicas de saúde

Apesar de haver uma distribuição dos serviços de saúde entre os entes federados, sabe-se que é o espaço local, ou seja, o município, quem, de fato, executa as políticas públicas de saúde, pois é neles que vive a população e é na abrangência do poder local que se verificam os atendimentos à população, ainda que se tenha uma gestão centralizada do SUS, decorrente de um modelo federativo às avessas, como é o caso brasileiro.

A proposta deste artigo, para melhorar os serviços de saúde consiste em concentrar os recursos no município para que o atendimento em saúde seja mais efetivo (HERMANY, 2007), pois ele tende a ser mais eficiente, visto que "o poder é tanto mais visível quanto mais próximo está" (BOBBIO, 2000, p. 102), aqui também chamado de poder ou espaço local (DOWBOR, 1999).

O poder local é a autoridade que está mais próxima das necessidades e reivindicações dos cidadãos, além de ser objeto de uma maior fiscalização por parte da população. A saúde seria muito beneficiada por esse processo de desburocratização, descentralização e participação de atores sociais como forma de consolidação do espaço público local.

Porém, para que seja transferido o efetivo funcionamento dos serviços públicos para o poder local, para o município, é necessário, em primeiro lugar, que este tenha autonomia, efetivada por via democrática através da aceitação do controle do Estado neste espaço, atribuindo-se competências e tarefas para o Município, como ente federado. Compreende-se que esta autonomia consiste em um ponto fundamental para fortalecer as relações com a sociedade, uma vez que é no âmbito local que ocorre a descentralização dos serviços públicos, possibilitando, assim, um

amplo processo democrático (BARACHO, 1996) e, por via de consequência, o empoderamento do cidadão.

É claro que somente a autonomia não basta para que haja esta transferência de poder e de responsabilidades. É necessário o devido interesse local, pois as autoridades executiva e legislativa (prefeitos e vereadores) precisa estar disposta a conquistar este espaço e arcar com os deveres e a responsabilidades de gerir o serviço público municipal de saúde. Além disso, como foi dito anteriormente, a sociedade civil precisa estar engajada neste processo, ressaltando-se aqui a importância da participação do cidadão nas decisões públicas (legislativas e administrativas), que implica em maior democratização e na própria redefinição do papel da União e dos Estados, que passam de agente executor e fiscalizador a repassador de recursos e fomentador das ações executadas no âmbito local e em conjunto com a sociedade civil (HERINGER, 2002).

Como as políticas públicas de saúde constituem um esforço conjunto de mobilização da sociedade e do poder político, que visa diagnosticar os problemas reais, elaborar planos, capacitar agentes, implementar e fiscalizar ações, o espaço local permite uma maior atuação da sociedade civil em todo este processo. A população pode participar de todas as consultas públicas através de mecanismos de organização nos bairros e também de forma virtual, através dos portais que ofereçam transparência sobre o conteúdo da política pública.

A descentralização dos serviços de saúde atende a um princípio ainda não muito conhecido, que é a subsidiariedade, cujo teor implica em fazer com que as comunidades possam elas mesmas regular suas vidas, seus negócios, consistindo assim na transferência de poderes para as autoridades locais, realizando uma inversão significativa no modelo político e passando a se constituir uma autoridade que nasce no menor e se prolifera para os maiores (BARACHO, 1996).

O princípio da subsidiariedade subsidia esta proposta de transferir para o poder local maior autonomia e capacidade da organização pública de saúde, realizando uma repartição de competências, segundo o qual as

atribuições devem ser exercidas pela esfera de governo melhor colocada para exercê-las com racionalidade, eficácia e proximidade dos cidadãos (MARTINS, 2003), pois a reordenação dos serviços de saúde no âmbito local amplia as potencialidades das relações horizontais na esfera local, como também a cidadania, a solidariedade e a cooperação entre os atores sociais e o poder local, devido à noção indeterminada de interesse local.

Além disso, a descentralização dos serviços de saúde representa uma resposta à necessidade de adaptação destes serviços às necessidades locais, em busca de maior eficácia. É uma proposta que procura inverter a lógica do sistema de saúde, em que o planejamento, a organização e coordenação do modelo de saúde sejam transferidos para o ente municipal, visando essencialmente, aumentar a eficiência e a efetividade dessa política de saúde (FLEURY, 2006).

Esta teoria municipalista atende a duas questões distintas, a da democracia e da efetividade, na medida em que a descentralização aproxima o Estado do cidadão e gera maior eficiência na prestação de serviços de saúde (HERMANY; PEREIRA, 2011). A população seria convidada a ser co-administradora do processo, participando do planejamento e controle da política de saúde, o que favoreceria a prevenção de doenças e identificação dos problemas mais recorrentes de determinada localidade, uma vez que são os municípios os que melhor conhecem a sua realidade, beneficiando, em tese, todo o conjunto social. Assim, as políticas locais de saúde, quando planejadas, elaboradas, executadas e controladas, a partir de processos democráticos entre sociedade civil e poder municipal, podem auxiliar na melhoria deste importante serviço público, servindo de incremento ao desenvolvimento local, à emancipação do cidadão e da comunidade.

O que está em debate são maneiras de se alterar para melhor a realidade da saúde pública, em nível local de governo, para que o município tenha condições de oferecer um sistema eficiente de saúde, em razão da deficiência de outras instâncias de poder, o que justifica a proposta de rearticulação do Pacto federativo.

Ao lado disso, a autonomia dos cidadãos também é relevante, porque a sua participação nas instâncias deliberativas de saúde gera o seu empoderamento, e, por conseguinte, contribui para a garantia do direito social à saúde. Além de tudo isso, o poder municipal favorece a produção do sistema normativo e a participação dos indivíduos e grupos nas deliberações administrativas, seja quanto às políticas públicas de saúde de prevenção, de assistência, dentre outras.

Assim, considera-se que é o município que pode realizar o grande trabalho de erigir a justiça social, proporcionando desenvolvimento econômico e social. É no nível local, por conseguinte, que se podem realmente identificar as principais ações a serem realizadas na área da saúde. As políticas públicas, ao realizarem-se em nível local, facilitam a solução dos problemas nas comunidades locais, ficando a cargo das instituições maiores os serviços que não podem ser atendidos pelas menores (ETZIONI, 2001).

Além de estimular a participação social, o espaço local também contribui para uma maior efetivação do controle social, pois a tomada de decisões de caráter público é acompanhada de perto pela população, que assume seu papel de co-partícipe das decisões (HERMANY, 2007), contribuindo para a democratização da relação entre sociedade e Estado.

Este é o sentido dado pela subsidiariedade, o fortalecimento do poder local com o conseqüente empoderamento da cidadania e da democracia, que se efetiva no plano do município (BARACHO, 1996).

Considerações finais

Entendendo a saúde como um direito social preconizado pela Constituição Federal de 1988 cujo dever de efetivação é do Estado em conjunto com a sociedade civil, é possível também compreender que este é um processo que ocorre através de políticas públicas de saúde, as quais visam efetivar este direito em todo o território nacional.

O Sistema Único de Saúde, instituído na década de 1990, constitui a maior política pública de saúde em vigor no país, e procura atender toda a população, sem nenhum tipo de distinção, utilizando todo o aparato da máquina pública e contando com o apoio dos setores privados e filantrópicos para atingir seus objetivos.

Desde a sua criação, o SUS tem procurado ampliar seu atendimento, mas a demanda parece sempre superar a oferta de serviços, fazendo com que haja problemas de natureza técnica, operacional e de gestão, além da insuficiência de recursos e dos efeitos de atitudes governamentais que não priorizam a saúde em sua atuação.

A proposta apresentada aqui neste artigo consiste em mudar o foco da administração dos serviços de saúde, pelo viés da subsidiariedade, entendendo que é na comunidade local que eles podem ser objeto de maior eficácia, redimensionando as relações entre a sociedade civil e o Estado, que se deve garantir a formação da cidadania e do empoderamento comunitário, enquanto instrumento indispensável para a consolidação das políticas públicas de saúde, concretizando, assim, a democracia, com a finalidade de fortalecer o ente municipal. É importante considerar que é na esfera local que há a possibilidade de aprofundar mais a democracia, dada à proximidade dos cidadãos em relação aos órgãos do poder.

Além disso, é necessário envolver os atores sociais na definição, realização e controle das políticas públicas de saúde no âmbito municipal e, assim, auxiliando na implementação dos direitos sociais acolhidos pelo texto constitucional e, por consequência, na busca de melhores condições de vida para toda a população.

Este envolvimento cria condições para empoderar o cidadão, diminuir a desigualdade, a exclusão e consolidar direitos. É possível vislumbrar o empoderamento dos cidadãos na comunidade como estratégia de mudança social, uma vez que permite aos indivíduos e às “subjetividades coletivas” participarem ativamente das decisões políticas, constituindo um processo pelo qual o sujeito ganha poder interior para tomar decisões na comunidade. Desta forma, há uma estreita relação entre empoderamento

e participação, pois há necessidade de se passar por um processo de construção da autonomia que permita que se tome decisões para defender os direitos e conseguir atuar nos espaços de tomada de decisões e influenciar políticas e programas de saúde destinados à população.

Referências

- AGUIAR, Z. N. **SUS: Sistema Único de Saúde; antecedentes, percurso, perspectivas e desafios**. São Paulo: Martinari, 2011.
- AITH, F. Perspectivas do direito sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios para sua efetivação. In: SANTOS, L. (Org.). **Direito da saúde no Brasil**. São Paulo: Saberes Editora, 2010, p. 183-238.
- BARACHO, J. A. O. **Teoria geral do federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BITENCOURT, C. M. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.
- BOBBIO, N. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.
- _____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990a. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 set. 1990.
- _____. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990b. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde – SUS, e sobre as transferências de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez 1990.
- BREUS, T. L. **Políticas públicas no estado constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

- BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, M. P. D. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.
- CUNHA, E. P.; CUNHA, E. S. M. Políticas públicas sociais. In: CARVALHO, A.; SALLES, F.; GUIMARÃES, M.; UDE, W. (Orgs.). **Políticas públicas**. Belo Horizonte: UFMG, 2003. p. 11-25.
- CUSTÓDIO, A. V.; MENDES, S. F. Movimentos sociais, novos direitos e democracia. In: REIS, J. R.; LEAL, R. G. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 10. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 2951-2984.
- DALLARI, D. A. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.
- DALLARI, S. G.; NUNES JÚNIOR, V. S. **Direito sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.
- DOWBOR, L. **O que é poder local**. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- ETZIONI, A. **La tercera via hacia una buena sociedad: Propuestas desde el comunitarismo**. Madrid: Mínima Trotta, 2001.
- FLEURY, S. Democracia, descentralização e desenvolvimento. In: FLEURY, Sonia (Org.) **Democracia, descentralização e desenvolvimento: Brasil & Espanha**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 23-75.
- HERINGER, R. R. Estratégias de descentralização e políticas públicas. In: MUNIZ, J. N.; GOMES, E. C. **Participação social e gestão pública: as armadilhas da política de descentralização**. Belo Horizonte, 2002. p. 75-82.
- HERMANY, R. **(Re) Discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.
- HERMANY, R.; PEREIRA, H. M. K. Políticas públicas locais de saúde uma análise a partir do princípio da subsidiariedade administrativa. In: REIS, J. R.; LEAL, R. G. (Orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011, p. 214-231.

- KRELL, A. **Leis de normas gerais, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.
- LIBERATI, W. D. **Políticas públicas no estado constitucional**: a gestão das políticas públicas no estado constitucional – gestão das ações públicas: a administração e a execução das políticas públicas pelo estado, como base imprescindível para a garantia dos direitos fundamentais. São Paulo: Editora Atlas, 2013.
- MORETTO, M. A. **A política e a prática de saúde**: suas consonâncias e dissonâncias. Erechim: EdiFAPES, 2002.
- NORONHA, J. C.; LIMA, L.; MACHADO, C. V. O Sistema Único de Saúde – SUS. In: GIOVANELLA, L.; ESCOREL, S.; LOBATO, L. V. C.; NORONHA, J. C.; CARVALHO, A. I. (Orgs.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2012, p. 365-394.
- SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Orgs.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Cambridge Analytica e a influência do “OCEAN” em processos democráticos¹

*Anatiely Perez Menchik*²

*Thami Covatti Piaia*³

1 Introdução

A internet já não é mais a mesma de quando criada, nem semelhante àquela rede de 10 ou 20 anos atrás. Nesse contexto, para a estudarmos hoje, não podemos mais adotar um ponto de vista estrangeiro ao meio, não apenas por estarmos todos imersos nela de certa forma, mas sim, por se tratar de um ambiente que a cada dia torna-se mais inovador e complexo.

Da mesma forma que aconteceram as grandes quebras de paradigmas, a internet deixou de ser um instrumento de remota manutenção técnica militar (LEINER, 2009, s.p.) para se tornar civil. Após a grande quebra da chamada *Web 1.0*, no final dos anos 90, até a contemporânea *Web 3.0*, o modelo de mercado e exposição de conteúdo passou a adequar-

¹ Artigo vinculado aos resultados das pesquisas do projeto Internet, Liberdade de Informação, Manipulação de Comportamentos e a Desestabilização do Processo Democrático, do programa institucional de iniciação científica PIBIC/CNPq.

² Graduada em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI - Campus de Santo Ângelo/RS. Bolsista CNPq do Projeto de Pesquisa: Internet, Liberdade de Informação, Manipulação de Comportamentos e a Desestabilização do Processo Democrático. E-mail: anatielyperez@gmail.com

³ Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Visiting Scholar na Universidade de Illinois – Campus de Urbana-Champaign – EUA (2012). Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI -, Campus de Santo Ângelo/RS. Coordenadora do Projeto de Pesquisa: Internet, Liberdade de Informação, Manipulação de Comportamentos e a Desestabilização do Processo Democrático. Membro do Grupo de Pesquisa Conflito, Cidadania e Direitos Humanos. E-mail: thamicovatti@hotmail.com

se ao próprio meio (MORRIS, 2008, s.p.)⁴. Assim, a *web* de hoje é inteligência e tecnologia à disposição dos usuários e, também, uma forma mais organizada de semântica, com a utilização de ferramentas que permitem descrever o perfil *on line* de cada indivíduo e estabelecer e proporcionar a informação personalizada.

A evolução da disseminação de informações em alta velocidade, a interação entre os meios de comunicação e a portabilização da informática frente aos computadores pessoais, são características da ruptura deste paradigma. O advento de aparelhos portáteis com acesso à internet revolucionou, além da maneira de acessar a internet e do aumento à inclusão digital, o modelo de produção de conteúdo (blogs já dão espaço aos poucos caracteres do *Twitter*, *fotologs* foram centralizados nos domínios do *Instagram* e *Snapchat*) e, principalmente, temos a consolidação de grandes oligopólios do setor da informática.

Frente a uma realidade cada vez mais estruturada no midiático, onde a comunicação prefere a esfera de manifestações mais instantâneas do que o texto, como imagens e vídeos, concluímos que essas transformações nas comunicações nos levaram a conseqüentes mudanças sociais de vida, como bem ponderou McLuhan (1964, s.p.), transformando e desafiando a comunidade humana de modo global. Assim, no geral, a pesquisa visa explorar o monopólio de indexação de páginas da internet, controlado pelo *Google*, e o das redes sociais, em especial a hegemonia do *Facebook*. Em específico, abordará como a singularização da provisão destes serviços, hoje em dia ao mesmo tempo hegemônicos no mercado e essenciais, pode trazer más conseqüências para os seus usuários quando da adoção de políticas irresponsáveis, como o caso que envolve as eleições americanas de 2016, o *Facebook* e a *Cambridge Analytica*. A partir de uma profunda análise do artigo “*User Data Privacy: Facebook, Cambridge Analytica, and Privacy Protection*”, publicado em agosto de 2018, onde os autores identificaram uma lacuna nas leis que abrangem a privacidade dos usuários, e

⁴ Artigo em que o autor faz uma análise detalhada sobre a bolha da informática dos anos 2000, ou, como, entre outros tantos termos, ficou conhecida, *dot-com bubble*.

analisaram como a *Cambridge Analytica* conseguiu acessar os dados pessoais de usuários em parceria com o *Facebook*; estabeleceu princípios para a formação de uma política abrangente de privacidade de dados; e examinou quais são as propostas legislativas que tratam destas preocupações. Para os autores, nunca antes foi tão necessária uma discussão aberta acerca de como a tecnologia está afetando os direitos e segurança dos indivíduos (ISAAK; HANNA, 2018, s.p.)

Para a sustentação dos argumentos teóricos empregados durante a construção do artigo, em sua elaboração foi utilizada a metodologia mista. Para o embasamento usou-se do método de abordagem-descritivo, com suporte em revisão de literatura e análise dos fenômenos pesquisados, após, foi feita pesquisa documental e bibliográfica, embasada no método de abordagem hipotético-dedutivo para dar respaldo aos conceitos abordados.

2 A “Nova Era” de uma sociedade hiperconectada

Na década de setenta do século XX, o químico norte-americano e co-fundador da *Intel Corporation*, Gordon Moore, publicou um artigo na *Electronics Magazine* em resposta a um pedido de previsão da evolução da indústria de componentes semicondutores nos dez anos seguintes. Nele, apontou Moore, a complexidade para componentes com custo mínimo tem crescido a uma taxa próxima a do fator de dois por ano. Certamente sobre um curto prazo esta taxa tem a expectativa de continuar, senão crescer. Sobre longo prazo, a taxa de crescimento é mais incerta, porém não há razão para acreditar-se que não permanecerá quase constante por pelo menos 10 anos (MOORE, 1975, p. 02)

Conhecida a partir da publicação do artigo como Lei de Moore, tal regra ditou a evolução tecnológica que cresceu a uma taxa tão grande quanto a dívida do rei no conto indiano, pois, segundo as previsões de Moore o número de transistores em um processador dobraria, em média, a cada dois anos, mantendo o mesmo (ou menor) custo e o mesmo espaço.

Posteriormente, a lei foi revisada pelo próprio autor, que redefiniu o período de dois anos para 18 meses. E a previsão tem se mostrado certa não só pelos previstos 10 anos subsequentes, mas nos próximos 42 anos, e em previsões recentes que apontam até o ano de 2021, respaldadas nas inovações em pesquisas de nanotubos de carbono⁵ e computação quântica. Como exemplo, os computadores que tornaram possível a aterrissagem do homem na Lua em 1969, possuíam a capacidade de 2kb de Memória Ram, enquanto em 2017 o padrão da indústria de computadores pessoais era 4gb, onde *gigabyte* é unidade de medida que indica 1 milhão de *kylobytes*, assim, relógios de pulso atuais possuem capacidade de processamento de dados maiores que 2kb. (ANTHONY, 2016, s.p.)

A velocidade galopante da evolução tecnológica serve então para fazermos algumas indagações: como acompanhar socialmente o que a tecnologia nos proporciona atualmente? Estariam preparadas as instituições para assegurar aos cidadãos suas garantias em um ambiente dinâmico como o da internet? Estariam as grandes empresas, responsáveis por parcelas cada vez maiores da rede, preparadas para o provimento de um serviço não danoso aos seus usuários, tendo de se adaptar constantemente a um mercado volátil como o da internet?

Nesse sentido, contribui o civilista italiano Stefano Rodotà, que em diversas ocasiões mencionou que além do princípio da dignidade humana, aplicam-se à tecnologia, mais especificamente aos dados pessoais coletados e armazenados na internet, os princípios da finalidade, da pertinência, da proporcionalidade, da simplificação, da harmonização e da necessidade. O autor compreende que o direito não deve render-se à razão tecnológica, e que o equilíbrio e a ponderação deveriam estar constantemente presentes nas relações entre direito, tecnologia e sociedade (RODOTÀ, 2004, s.p.).

⁵ Nanotubos de carbono são folhas de grafeno enroladas de maneira a formar uma peça cilíndrica com diâmetro próximo de 1nm. Dependendo de como a folha de grafeno é enrolada, os nanotubos podem apresentar propriedades metálicas ou semicondutoras. Em linhas gerais, os nanotubos apresentam alta resistência mecânica, alta flexibilidade, características elétricas e térmicas e podem a construção de transistores para circuitos eletrônicos, produtos esportivos, fabricação de telas coloridas dobráveis, biotecnologia, roupas inteligentes e resistentes, dentre outros. Fonte: BRASIL. Fundacentro. *Nanotubos de carbono*. Disponível em: <<http://www.fundacentro.gov.br/nanotecnologia/nanotubos-de-carbono>>. Acesso em 29 set 17.

Segundo Rodotà, nas sociedades da informação pode-se inferir que nós, usuários, somos as nossas informações, na medida em que elas nos definem, nos classificam, nos rotulam. Assim, quando se fala em privacidade na internet deve se ter presente que, atualmente, a questão chave a ser pensada reside no controle da circulação das informações ali coletadas. Segundo o autor, quando se tratar da coleta de dados sensíveis⁶, que sejam aptos a gerar situações de discriminação e desigualdade, as pesquisas devem ser objetivas e limitadas, e a coleta de dados somente pode ser considerada legítima se individualizada, não sendo admissíveis, portanto, testagens de massa, sob pena de atribuir valor absoluto a qualquer amostra. Ainda, defende o autor que as amostras legitimamente recolhidas devem ser conservadas por tempo determinado e não podem servir para compor um banco de dados que fique à disposição das autoridades para realizarem qualquer outra finalidade (RODOTÀ, 2008, p.289).

Modernamente, em decorrência de todos os avanços tecnológicos, econômicos e sociais, a liberdade de informação adquiriu um papel coletivo, no sentido de que toda a sociedade requer o acesso à informação, ou seja, “a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência da censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer” (SILVA, 2005, p. 289).

Como parte da cultura do século XXI, a tecnologia tornou-se imprescindível ao cotidiano da sociedade e em uma mudança relativamente rápida de um século para o outro, o mundo deixou de ser analógico e tornou-se digital. Com isso, vários processos sociais que antes aconteciam manualmente, agora são muito mais ágeis. Por exemplo, a tecnologia nos

⁶ Dados sensíveis são dados cujo tratamento pode ensejar a discriminação do seu titular, por se referirem, por exemplo, à opção sexual, convicções religiosas, filosóficas ou morais, ou opiniões políticas. Tal gama de dados difere dos dados pessoais, que são aqueles relacionados à pessoa natural identificada ou identificável a partir de números identificativos, dados locais ou identificadores eletrônicos. Os dados sensíveis, pelo potencial discriminatório que apresentam, devem ser protegidos de forma mais rígida. Tal proposta está, atualmente, em discussão através do Projeto de Lei 5276/2016, cujo conteúdo segue assim proposto: “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] III – dados sensíveis: dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas ou morais, as opiniões políticas, a filiação a sindicatos ou organizações de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual, bem como dados genéticos;”.

permite fazer compras sem sair de casa, permite nos comunicarmos com pessoas no outro lado do globo em questão de segundos, conhecer novas pessoas que farão parte de nossos círculos sociais, trouxe a informação à palma da nossa mão. Por outro lado, também autorizou o fornecimento dos dados que circulam nas redes às empresas envolvidas nestes processos. Nesse mesmo movimento, levantou-se polêmica na sociedade internacional de uma possível suspeita de manipulação de dados em processos democráticos por empresas privadas.

Ainda nos dias atuais, com o advento da hiperconectividade que está diretamente associada ao exponencial uso na internet de mídias e redes sociais, ocorre uma alta influência nos usuários por parte de instituições que estão constantemente coletando dados e armazenando-os com intenções que podem ser tanto benéficas, como maléficas aos usuários. Cada vez mais obtemos nas plataformas digitais experiências que são personalizadas à cada indivíduo, que partem de respostas a “quizes” e perguntas acerca de preferências, e que tratam dos mais variados assuntos. Porém, toda esta informação adquirida por empresas privadas, de mídias e redes sociais online acerca das pessoas, busca na verdade otimizar vendas, maximizar retornos, influenciar nos fluxos de ideias e no acesso às informações. Segundo a pesquisa, o número de dispositivos, ligados a IoT (*Internet of Things*, tradução, internet das coisas), cresceu de 500 milhões em 2003, para o número de 8 bilhões em 2017. A perspectiva é de este número chegar a 50 bilhões até 2020 (ISAAK; HANNA, 2018, s.p.).

Assim, torna-se relevante entender o que o termo hiperconectividade engloba, para fins de que possamos compreender a relevância que ele possui. Segundo o professor Eduardo Magrani, ele é definido como o estado de disponibilidade dos indivíduos, é a onipresença da conectividade nas mais variadas formas possíveis.

O termo hiperconectividade foi cunhado inicialmente para descrever o estado de disponibilidade dos indivíduos para se comunicar a qualquer momento e tem desdobramentos importantes. Podemos citar alguns: o estado em que as

peçoas estão conectadas a todo momento (always-on); a possibilidade de estar prontamente acessível (readily accessible); a riqueza de informações; a interatividade; o armazenamento ininterrupto de dados (always recording). O termo hiperconectividade está hoje atrelado às comunicações entre indivíduos (person-to-person, P2P), indivíduos e máquina (human-to-machine, H2M) e entre máquinas (machine-to-machine, M2M) valendo-se, para tanto, de diferentes meios de comunicação. (MAGRANI, 2018, p.21)

A sociedade hiperconectada traz uma nova forma com que as mensagens são transmitidas e recebidas entre os usuários, bem como um aumento de interação entre o indivíduo e suas redes sociais, notando-se um aumento na velocidade de propagação das mensagens. Com a hiperconectividade em que se encontra a sociedade, o meio com que se transmite tais mensagens e a própria mensagem em si, adquire-se o poder de influenciar um grande número de pessoas e assim burlar as regras do jogo democrático.

Ao compreender como a comunicação em massa pode influenciar no processo democrático, o conteúdo propagado pelo meio, resulta em truismos para sociedade. Para McLuhan o avanço da tecnologia é como uma extensão de nós mesmos, e de acordo com as mudanças ocorridas no principal meio de comunicação das pessoas, a tendência é que haja consequências que necessitarão ser adaptadas.

Numa cultura como a nossa, há muito acostumada a dividir e estilizar todas as coisas como meio de controlá-las, não deixa, às vezes, de ser um tanto chocante lembrar que, para efeitos práticos e operacionais, o meio é a mensagem. Isto apenas significa que as consequências sociais e pessoais de qualquer meio – ou seja, de qualquer uma das extensões de nós mesmos – constituem o resultado do novo estalão introduzido em nossas vidas por uma nova tecnologia ou extensão de nós mesmos. (MCLUHAN, 1964, p.21)

O surgimento desta “nova era” de indivíduos hiperconectados, há muito já trazia uma ruptura. O resultado destas inovações são incertezas quando se trata da privacidade de dados, e como demonstra a pesquisa de Issak e Hanna (2018, s.p.), podendo chegar até o processo democrático.

Desta forma cabe ressaltar o significado que esta “nova era”, a sociedade hiperconectada, trouxe aos indivíduos mudanças, que foram surgindo de forma gradativa conforme o acesso foi se popularizando. Tornaram-se expressivas e alvo de discussão nos dias atuais a proteção dos dados dos usuários e como estes dados são utilizados pelas empresas.

3 Cambridge Analytica, Facebook e o perfil “OCEAN”

Segundo a pesquisa elaborada por Issak e Hanna, no ano de 2013, pesquisadores na *University of Cambridge’s Psychometrics Centre* analisaram os resultados de voluntários que fizeram um teste de personalidade no Facebook para avaliar seu perfil psicológico “OCEAN” (*openness, conscientiousness, extraversion, agreeableness, and neuroticism*)⁷ e correlacionaram os resultados com as atividades os *likes e shares* de usuários do Facebook.

A psicometria é um ramo da psicologia que se desenvolveu nos anos 80 com a intenção de mapear traços psicológicos por meio de testes e são muito usados em entrevista de recrutamento de empresas, provas de aptidão, entre outras utilidades. A pesquisa atraiu 350.000 participantes dos EUA e estabeleceu uma relação clara entre as atividades dos usuários do Facebook e o perfil de personalidade de cinco fatores. A pesquisa feita na Universidade de Cambridge demonstrou que o perfil OCEAN, para cada indivíduo, poderia ser deduzido através do exame destas métricas e sem usar um instrumento psicográfico formal. Ou seja, não era necessário um teste em si para elaborar o perfil OCEAN dos usuários (ISSAK; HANNA, 2018, s.p.).

O que a *Cambridge Analytica* teria capacidade de fazer é, ao invés de aplicar os testes da maneira tradicional, seria combinar a massa de dados coletadas através das redes sociais para determinar que tipo de personalidade as pessoas revelam com seus *likes e shares* (SOLAGNA, 2017, p.17)

⁷ Tradução = abertura, conscienciosidade, extroversão, amabilidade e neuroticismo.

O algoritmo elaborado por eles, foi capaz de criar perfis psicológicos de usuário por meio de suas interações no *Facebook*. O teste de personalidade *big five*, ou “cinco grandes em português” avalia 5 traços de personalidade das pessoas em níveis. São estes traços: o nível de abertura a experiências, o nível de responsabilidade, o nível de extroversão, o nível de agradabilidade e o nível de irritabilidade. Juntos eles dividem as pessoas em diferentes tipos de personalidade, que são classificadas por meio do conteúdo de suas “curtidas”. O algoritmo demonstrou um alto nível de precisão acerca da personalidade dos usuários.

Logo após tais constatações, foi elaborado um novo projeto iniciado pela *Global Science Research* (GSR), em parceria com a, hoje então, *Cambridge Analytica*. O objetivo foi identificar os parâmetros necessários para desenvolver perfis *OCEAN* usando um *quiz*⁸ de personalidade na plataforma *Mechanical Turk* da *Amazon*, e *Qualtrics*, uma plataforma de enquete. Porém, o *quiz* elaborado pela empresa requiritava ao usuário acesso ao seu perfil do *Facebook*, e a dados dos “amigos” dos usuários. Foi assim que a *Cambridge Analytica* foi capaz de acessar dados do *Facebook* sob fiscalização. É importante ressaltar que para atingir o objetivo da pesquisa e formular o perfil *OCEAN* dos usuários, não era necessário manter dados específicos dos usuários pois a intenção era estabelecer uma nova metodologia para a análise dos perfis, usando como base as mídias sociais, entre outros indicadores.

Observe que não ter uma conta do *Facebook* não oferece proteção - a ladainha de fontes de dados disponíveis não se limita a esta rede social, e a análise pode ser facilmente aplicada a outros pontos de preferência pessoal. Além disso, todos os sites com o logotipo do *Facebook* estão vinculados a empresa, permitindo o rastreamento de não membros, bem como membros que podem não ter optado pelo serviço. Existem muitas semelhantes fontes de rastreamento online e a maioria fica vinculada a “*cookies*”⁹ que podem ser usados em sites, e o acesso pode ser vendido a compradores interessados.

⁸ Tradução = questionário

⁹ Os *cookies* são arquivos de internet que armazenam temporariamente o que o internauta está visitando na rede.

Adicionando a análise *OCEAN* e outros dados públicos adquiridos, a *Cambridge Analytica* desenvolveu a capacidade de “direcionar” consumidores ou, no caso, eleitores individuais com mensagens que possuísem probabilidade de influenciar seu comportamento. Os resultados foram combinados com um grande número de mensagens direcionadas empregadas para a campanha eleitoral do candidato Donald Trump. Algumas dessas mensagens foram criadas durante a campanha, e algumas simplesmente alavancaram “notícias” disponíveis na Internet (o que pode ter incluído conteúdo financiado através da campanha russa para manipular as eleições nos EUA). Conforme descrito pelo *CEO* da *Cambridge Analytica*, Alexander Nix, a chave era identificar aqueles que poderiam ser atraídos a votar em seu cliente ou ser desencorajados a votar em seu oponente.

Além disso, combinando notícias reais com desinformação ou conteúdo irrestrito da Internet, os eleitores alvo encontraram mensagens sendo reforçadas em muitos sites, sem perceber que foram algumas das poucas pessoas no mundo que receberam essas mensagens, e, sem receber qualquer aviso de que se tratava de mensagens vinculadas a uma campanha política. É criada um filtro bolha, segundo a concepção de Eduardo Magrani, no qual o usuário fica preso a mensagens polarizadas.

Na linha de como os mecanismos de navegação estão se configurando, a internet estaria se transformando em um espaço no qual é mostrado o que se acha que é de nosso interesse, mas nos é ocultado aquilo que desejamos ou eventualmente precisamos ver. Desse modo, pode-se dizer que a *filter bubble* e seu caráter prejudicialmente paternalista pode implicar em restrições a direitos e a garantias fundamentais, a autonomia dos indivíduos e a liberdade de expressão, sendo prejudicial de forma geral para o debate na esfera pública conectada. (MAGRANI, 2014, p. 119)

Observando pelo viés de uma campanha publicitária que consegue maximizar seu impacto utilizando dados específicos acerca dos usuários, as mensagens individualizadas e de alto impacto são suficientes para causar impacto nos resultados das eleições. Esta pode não ser a única razão

para o resultado eleitoral específico de 2016 nos EUA, mas há todos os indícios de que foi uma contribuição útil, senão crítica. Está comprovado que a *Cambridge Analytica* foi contratada por Trump durante as eleições de 2016. E o *CEO* da empresa alegou que teria o resultado do teste de personalidade *OCEAN* de todos os adultos americanos. Com estas informações eles puderam publicar anúncios específicos, moldados em relação aos medos, necessidades e emoções das pessoas, e que compactuava com a campanha de Trump e assim formavam uma familiaridade entre o eleitor e o candidato, podendo influenciar na intenção de voto do usuário. Foi através do resultado das análises de perfis *OCEAN*, que se determinou qual anúncio deveria chegar a cada usuário. Entretanto, não há indício de que esta pesquisa expôs usuários do *Facebook*, ou seus amigos, a qualquer abuso específico de privacidade, tampouco há indícios de que a universidade tenha se negado a compartilhar dados com o que iria a se tornar a *Cambridge Analytica*.

4 Necessidade de regulamentação no uso de dados

As mensagens direcionadas podem ser aplicadas para afetar o comportamento, ignorando as regulamentações. Estes fatores sugerem que mudanças nas políticas, tanto no nível corporativo quanto no legislativo, são necessárias para garantir que os dados pessoais dos consumidores e eleitores sejam protegidos. Torna-se relevante que seja notificado quando houver vinculação, daqueles que buscam influenciá-los, para que se tenha consciência do que se trata o conteúdo. Assim, a participação será de cidadãos e consumidores informados.

A privacidade e a proteção de dados precisam urgentemente de uma legislação, bem como a conscientização de usuários acerca de como estão sendo utilizados estes dados. Na opinião de Isaak e Hanna, é preciso observar alguns princípios essenciais para a criação de legislações de proteção ao usuário, que seriam: transparência pública, que busca informar ao usuário onde estão seus dados, como estão sendo aplicados, se

estão sendo compartilhados e com quem, e também os mecanismos de coletas de dados; divulgação para os usuários, cada site e aplicativo deve fornecer informações completas de quais informações estão sendo por eles retidas; controle, o usuário deve ter opções de não rastreamento de dados que devem ser respeitadas, devendo optar de forma explícita, podendo inclusive eliminar dados, entre outros; Notificação, devendo o usuário ser imediatamente notificado quando sobre a perda de seus dados ou suas informações privadas ou qualquer outro coletado pelas empresas, assim como quando ocorrer violações e as partes responsáveis. O mais notório são as diretrizes quanto à publicidade paga. Issak e Hanna defendem que tais propagandas devem ser acompanhadas de informações claras, que o usuário que está consumindo tal conteúdo esteja ciente, e haja uma ligação à fonte do material e quem se pretende atingir com aquele conteúdo (ISSAK; HANNA, 2018, s.p.)

A apresentação de legislações visando a proteção dos usuários na internet, e seus dados, tiveram início nos Estados Unidos após as polêmicas audiências do criador do *Facebook*, Mark Zuckerberg, sobre a política de privacidade e dados do site. Foi a partir daquele momento, que a nível federal e estadual, começaram a surgir propostas no congresso estadunidense. Issak e Hanna destacam as seguintes propostas: como a mais abrangente, a “Lei do Consentimento” (S.2639) ou “Notificação online do cliente para impedir transgressões de rede de provedor de ponta”¹⁰ proposta pelos senadores Richard Blumenthal (D-CT) e Ed Markey (D-MA), que exige o consentimento explícito dos usuários para que as plataformas usem, compartilhem ou vendam seus dados; proposta pela senadora Amy Klobuchar (D-MN) a “Lei de Proteção da Privacidade e Direitos do Consumidor de Mídia Social de 2018”¹¹, que impõe restrições semelhantes a “Lei do Consentimento”, mas acrescenta modificações quanto às políticas de termos de uso, com relação aos procedimentos a

¹⁰ Tradução livre = “The Consent Act” (S.2639) or “Customer Online Notification for Stopping Edge-Provider Network Transgressions”

¹¹ Tradução livre = “The Social Media Privacy Protection and Consumer Rights Act of 2018”

serem tomados quando ocorrer alguma violação de privacidade; O estado da Califórnia é pioneiro quanto à adoção de tais medidas de proteção aos usuários de redes, o projeto de lei pautado no estado, acrescenta a proibição de venda de dados de menores de 16 anos, e impede que as empresas neguem aos usuários serviços referentes a manutenção de suas contas, não podendo lhes ser negado nenhum direito sobre suas contas (ISSAK; HANNA, 2018, s.p.)

5 Considerações finais

Ao adicionar análise *OCEAN* aos outros dados públicos e privados adquiridos, a *Cambridge Analytica* desenvolveu a habilidade de “micro direcionar” mensagens a consumidores e eleitores individuais para, provavelmente, influenciar seu comportamento. Ocorreu uma mudança no meio de se transmitir mensagens. Logo, as mensagens eram direcionadas a um público específico com o intuito de influenciar o leitor, utilizando-se dos dados que haviam sido recolhidos durante o processo.

A pegada digital deixada pelos usuários de internet e mídias sociais é muito maior que apenas alguma curtidas, ela inclui mensagens, fotos, compartilhamentos, fatores que até desconhecemos. Estes dados fornecem com extrema precisão dados “quem” é o usuário.

Mas anúncios direcionados podem influenciar na decisão do voto de um usuário e assim mudar os resultados de uma eleição? A *Cambridge Analytica* garante que foi ela, com suas pesquisas e dados, que deu a margem necessária para a vitória de Trump em 2016, porém não há como provar, pois seria impossível rastrear em retrospecto de qual usuário pode haver sido influenciado em razão de um anúncio do *Facebook*. Em seu livro, *Democracia Conectada*, o professor Magrani esclarece que:

Em outras palavras, a digitalização pode ter contribuído para o aumento do fluxo de notícias, mas as fontes dessas notícias e o seu conteúdo continuam, em grande parte, os mesmos. Além disso, ao contrário do que se poderia pensar, a qualidade das notícias também piorou de forma bastante perceptível,

dado que elas devem ser publicadas no tempo mais curto possível, visando garantir o ineditismo – fundamental no âmbito virtual e no jornalismo – e atingir o máximo de espectadores no menor período possível. (MAGRANI, 2014, p. 82)

Entretanto, este não é o único fator relevante. Também é possível notar a tendência a baixa participação da sociedade civil quando o assunto trata de política, democracia e direito. Os casos de exceção são os que convêm aos utilizadores de plataformas digitais de rápida propagação. Tratam-se de postagens e matérias sensacionalistas que resultam em alto impacto no clamor da população. Tais manchetes, possuem características tendenciosas, dúbias e que geralmente utilizam-se de disfemismos para cativar a atenção do leitor, e em ocasiões desvelam-se em notícias falsas, as *fake news*, que circulam entre a população.

Referências

- ANTHONY, Sebastian. *Matéria sobre a Lei de Moore e sua previsão de término até o ano 2021*. Arstechnica, 25 jul 2016. Disponível em: <<https://arstechnica.com/gadgets/2016/07/itrs-roadmap-2021-moores-law/>>. Acesso em 29 set 17.
- ISAAK, Jim; HANNA, Mina J. *User Data Privacy: Facebook, Cambridge Analytica, and Privacy Protection*. Disponível em: <<https://www.computer.org/csdl/magazine/co/2018/08/mco2018080056/13rRUxbCbm>>. Acesso em: 05 abr. 2018.
- LEINER, Barry. Et. Al. *A brief history of the internet*. ACM SIGCOMM Computer Communication Review. Volume 39, Number 5, October 2009. Disponível em: <<https://no-shoveling.com/wp-content/uploads/2014/03/Mandatory-Reading-A-Brief-History-of-the-Internet.pdf>> Acesso em 15 dez 17.
- MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.
- MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático*. Curitiba: Juruá, 2014.
- MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. São Paulo: Editora Cultrix, 1964.

MOORE, Gordon. *Cramming More Components Onto Integrated Circuits*. Estados Unidos: Electronics, 1975.

MORRIS, John J; ALAM, Pervaiz. *Analysis of the Dot-com Bubble of the 1990s*. Estados Unidos: SSRN, 2008. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1152412> Acesso em 09 out 19.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo Codice sulla privacy, in Eur. dir. priv., 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOLAGNA, Fabricio. Economia Política da Vigilância: quando o voto se torna uma mercadoria nas redes sociais. Porto Alegre: Cosmopolítica 7, 2017. Disponível em: <<http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2017/05/Solagna-Fabricio.-A-economia-poli%CC%81tica-da-vigila%CC%82ncia-quando-o-voto-se-torna-uma-mercadoria-nas-redes-sociais.pdf>>. Acesso em 12 de ago, 2019.

Representações de minorias em campanhas publicitárias da Skol¹

*Vera Lucia Spacil Raddatz*²

*Ianka Carolina Port Rüdell*³

1- Introdução

A publicidade surgiu com a função de divulgar informações sobre produtos e serviços ao maior número de pessoas, ou seja, surgiu da necessidade que a sociedade manifestou de diferenciar a gama de comerciáveis que começava a eclodir pós Revolução Industrial.

A publicidade e a propaganda - termos comumente usados como sinônimos- exercem um papel além do comercial, sendo possível compreendê-la de forma integral, ou seja, no exercício de sua função persuasiva, mas também exploratória e desmistificadora. No aspecto exploratório, distingue-se quando aborda os mais variados temas da sociedade e quanto à desmistificação, a publicidade oferece recursos para o enfoque de motes e assuntos que podem estar em segundo plano em outras formas de comunicação midiática, tal como o tema das minorias que é analisado neste texto.

¹ Artigo produzido a partir de pesquisa no Projeto Mídia e Sociedade: o direito à informação, junto ao PPGD, da Unijui.

² Professora do PPGD- Programa de Pós-Graduação em Direito Humanos - e dos Cursos de Jornalismo e Publicidade e Propaganda da Unijui, Coordenadora do Projeto Mídia e Sociedade: o direito à informação; Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Governança e Democracia, do CNPq. e-mail:verar@unijui.edu.br.

³ Bolsista voluntária do Projeto Mídia e Sociedade: o direito à informação, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unijui; Acadêmica do 6º semestre do Curso de Publicidade e Propaganda da Unijui. e-mail:iankarudell@gmail.com.

Parte-se da ideia de que para que haja a discussão de minorias nos meios de informação, as marcas se apropriam de assuntos cuja relevância social esteja em consonância com o seu posicionamento. No entanto, até que ocorra o alinhamento deste posicionamento da marca, ou seja, do que ela representa para o seu público e aquilo que o seu consumidor realmente se identifica, pode demorar algum tempo, às vezes até anos. Nesse período, pode ainda existir falhas no próprio discurso publicitário até que o público intervenha no sentido de fazer a marca revisitar este discurso e alinhar-se a novas exigências do mercado em termos de ética e de compromisso com valores mais humanos.

Nesta pesquisa, o caso abordado é o da empresa pertencente ao grupo Ambev - Skol - que ao se deparar com a não aceitação de seu público sobre a campanha de Carnaval de 2015 soube reposicionar-se e alavancar o seu valor de marca ao compreender a relevância da nova postura como empresa para a sociedade.

A partir da análise deste caso procura-se compreender e estabelecer uma relação entre publicidade e direitos humanos, enfocando a representação de minorias em campanhas publicitárias. Discute-se assim, sobre a importância da representação de minorias em propagandas da Skol e como tais ações possuem impacto significativo sobre as relações sociais, já que após a fracassada campanha publicitária de 2015, a marca passou a veicular propagandas em que as classes minoritárias, tais como as mulheres, negros e LGBT passam a ser representadas e ressignificadas.

Se os direitos humanos são para todos e todas, entende-se que as produções midiáticas, entre elas a publicidade, exercem um papel muito importante na promoção de uma cultura dos direitos humanos, pois manifestam-se a partir de diversas linguagens que incidem sobre o imaginário das pessoas e, principalmente, podem reforçar ou não determinados estereótipos ou preconceitos.

2. A publicidade na representação social

Existe uma relação direta da publicidade com a liberdade de expressão, já que é a publicidade um campo de criação e expressão, utilizando-se de linguagem verbal e não verbal, como textos, fotos, áudios e vídeos, artes gráficas entre outros recursos linguísticos. Antes de tudo, requer preparo técnico e vínculo fundamentado para criar e desenvolver uma ideia, seja para vender um produto ou influenciar pessoas e mudanças de comportamento. Por outro lado, a publicidade é também uma representação social de uma determinada situação do mundo real ou imaginado, que se retroalimenta e reflete percepções e valores deste universo. Portanto, ela é um meio que produz e gera sentidos e significados que se relacionam com aquilo que se vê e se vivencia na sociedade. Pergunta-se então quais são esses sentidos e significados que ela vem construindo.

É muito importante pensar a publicidade para além do próprio estereótipo que a cerca, ou seja, serve para enganar os consumidores e incitar o consumo ou, ainda, que não importa qualidade, mas a geração do lucro. Há muito que este conceito vem se modificando pela própria mudança de comportamento dos consumidores, especialmente em relação às grandes marcas, na medida em que o público não quer apenas um produto que satisfaça às suas expectativas quanto às necessidades, mas também uma marca que agregue valor na sua representação social e nas afinidades que cria com ela.

Uma marca gera laços e identidade, cria mecanismos de convencimento e persuasão que não são garantidos apenas pelo binômio “o melhor produto pelo menor preço” que gerou resultados por muito tempo. Hoje, os consumidores vão muito além dessa exigência, pois têm a possibilidade de manter uma relação estreita com as marcas, e rejeitar ou aplaudir suas campanhas diretamente por meio das plataformas digitais. O ativismo e a arquitetura da rede permitem que não haja mais distância entre o consumidor e a marca, mas ela precisa responder imediatamente às indagações

ou questionamentos, mesmo que desagradáveis, à altura que os consumidores esperam. Segundo Gilmar Santos, a publicidade constitui-se como um facilitador social:

A publicidade emerge a partir da institucionalização das organizações sociais. Estas surgiram porque o homem, ao se constituir como ser racional que vive em grupos, foi descobrindo que precisava criar instituições que facilitavam a organização da estrutura social. (SANTOS, 2005, p. 26)

A publicidade foi se adaptando com as necessidades da sociedade e, inclusive, segundo as particularidades do objetivo a ser alcançado, pois considerando-a como um canal de comunicação, as mensagens que a propaganda pode emitir são as mais diversas, também acarretando variadas repercussões.

Para além da publicidade comercial, cabe aqui mencionar o que é denominado marketing social. No marketing social são utilizados princípios e técnicas que influenciam o consumidor a mudar um comportamento, seja aceitando, rejeitando ou abandonando em prol da sociedade, de grupos ou indivíduos. (KOTLER, 2002).

Diante desse âmbito geral, considerando o impacto na sociedade como um todo, é que se insere a discussão acerca da convivência, da comunicação e, principalmente, dos direitos humanos que cercam quaisquer atividades em meio social.

3. Relação dos direitos humanos com a publicidade

Os direitos humanos compreendem uma relação direta com a liberdade de expressão, o direito à comunicação e o direito à informação. Nos termos da Constituição Federal de 1988, esses direitos fundamentais estão presentes em lei no capítulo V e podem ser requeridos pelos cidadãos. Antes disso, na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, dentro de uma perspectiva universalista e humanitária desencadeada após os horrores do holocausto, o artigo 19 também destaca a importância desses

direitos quando afirma que “ todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de ter opiniões sem sofrer interferência e de procurar, receber e divulgar informações e ideias por quaisquer meios e independente de fronteiras”.(DUDH, 1948, *online*).

Sem liberdade de expressão haveria um comprometimento da democracia e das liberdades e, em consequência, o prejuízo do debate das temáticas de interesse público e da circulação da informação que contribui para a compreensão da realidade, para o exercício dos direitos e deveres e para a construção da cidadania.

Quando se fala em direitos humanos, a dignidade é o mais importante. De acordo com Raddatz e Bock (2019, p. 63-64):

Os direitos humanos compreendem a dignidade humana acima de qualquer outro valor. A dignidade é inerente à pessoa, independentemente de qualquer qualidade social, moral ou biológica e por isso, todos os seres humanos precisam ser tratados com dignidade, protegidos, portanto, de humilhações. A dignidade, desse ponto de vista, é da natureza humana e não precisaria de nenhuma lei para garanti-la, entretanto as leis fazem-se necessárias porque há desrespeito aos direitos humanos individuais e coletivos em todas as sociedades, mesmo naquelas que vivem um Estado Democrático de Direito.

Como relacionar a publicidade aos direitos humanos e se é possível fazê-lo é uma das principais questões que se procura responder nesta reflexão. Sendo a publicidade um campo da comunicação comprometido com a economia e o mercado, é natural pensá-la associada ao consumo de produtos ou ideias. A publicidade também financia a veiculação da informação, portanto, contribui diretamente para que a sociedade possa ter o direito e o acesso à informação, permitindo economicamente o desenvolvimento das estruturas de produção, edição e veiculação da informação e de outros conteúdos.

Salienta-se ainda o cunho da responsabilidade social que a publicidade está sendo levada a adotar em razão das exigências do público, das negociações com os consumidores que influem no direcionamento do conteúdo da

publicidade. Campanhas que enfocam grupos vulneráveis como homossexuais, diversidade étnica e racial, por exemplo, hoje são mais vistas, porque correspondem a temas sobre os quais a sociedade está falando e de alguma forma exigindo uma nova postura dos meios de comunicação, que implica inclusão, diversidade e pluralidade. A seguir, estes aspectos são analisados na Campanha publicitária da Skol durante o carnaval 2015.

4. Campanha de carnaval Skol 2015: “Esqueci o não em casa”

A campanha da Skol, conforme a Figura 1 abaixo, cujo anunciante é a Ambev, veiculada no carnaval de 2015 e produzida pela Agência F/Nazca S&S teve como slogan: “Esqueci o ‘não’ em casa”. Segundo o anunciante e a agência, a peça publicitária tem o objetivo de levar os consumidores a aceitarem “os convites que a vida faz”, reforçando assim o “poder de escolha das pessoas sobre o que querem fazer”. Tal justificativa foi concedida ao CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária) após a entrada de recursos por parte de um grupo de consumidores. (CONAR, 2015, *online*).

Figura 1- Foto do outdoor da campanha de Carnaval da Skol 2015



Fonte: <https://medium.com/observat%C3%B3rio-do-discurso-midi%C3%A1tico/skol-esqueci-o-n%C3%A3o-em-casa-50c39670do47>

A reflexão da mensagem trazida no mobiliário urbano eclodiu a partir de uma postagem feita nas redes sociais-Facebook e Instagram- pela publicitária e ilustradora Pri Ferrari e a jornalista Mila Alves, que acrescentaram

no enunciado “Esqueci o não em casa”, “E trouxe o NUNCA”. Tal intervenção teve repercussão nacional, pois em pouco tempo atingiu mais de 8 mil internautas, segundo matéria publicada no site da Revista Exame (2015).

Segundo resumo da nota dada pelo CONAR (2015, *online*), um grupo de consumidoras rebelou-se nas redes sociais em função da conotação que o slogan da campanha estava abordando: “Esqueci o não em casa”, o qual, segundo elas, “podia implicar o estímulo ao abuso, constrangimento e intervenção na liberdade de comportamento e autonomia de decisão, em especial da mulher”, quando lido separadamente e na época do ano, carnaval, em que os índices de violência sexual aumentam. Conforme a Central de Atendimento à Mulher, do carnaval de 2016 para o de 2017, houve aumento de 87,93% do número de denúncias de violência contra a mulher. (UOL, 2017, *online*)

Segundo Pri Ferrari (2016, *online*), “É uma campanha que estimula as pessoas a não respeitarem os seus próprios limites, nem os dos outros. Não é um problema só de passar uma mensagem de desrespeito às mulheres numa época [Carnaval] em que os estupros aumentam, mas de beber além da conta ou de usar drogas só para aparecer ou se afirmar”.

Após a influência gerada pelo engajamento nas redes sociais e os recursos recebidos pelo CONAR, a Skol foi notificada a retirar o mote da campanha do ar. Em consequência, a marca reinventou a sua campanha para o mesmo carnaval de 2015. Com a nova abordagem, foi possível elucidar a real intenção da campanha que pretendia fazer com os que os consumidores aproveitassem ao máximo a data festiva. Porém na reestruturação da campanha, a marca consegue ressaltar valores como o respeito pelo próximo, o que enfatiza o livre arbítrio ausente na campanha anterior, impulsionado principalmente pelas mulheres que perceberam a falta de escolha ao interpretarem o enunciado que induzia a dizer sim para tudo. Dessa forma, a marca Skol deu início ao seu reposicionamento a partir do ano de 2015, conforme ilustra a figura abaixo.

Figura 2: Imagem do outdoor da campanha de Carnaval da Skol 2015 após o seu reposicionamento



Fonte: <https://medium.com/observat%C3%B3rio-do-discurso-midi%C3%A1tico/skol-esqueci-o-n%C3%A3o-em-casa-50c39670d047>

No entanto, de acordo com o professor de Mestrado Profissional em Comportamento do Consumidor da ESPM (Escola Superior de Propaganda e Marketing), Fábio Mariano (2015, *online*), o impacto gerado por uma empresa não está somente atrelado a sua marca, mas gera efeitos na sociedade, pois devido a abrangência das redes sociais “a campanha fica eternizada”. Compreende-se que a arquitetura do mundo digital e das redes sociais favorece a interação entre o público e as marcas, na medida em que os consumidores podem se manifestar sobre elementos e questões não apenas do mundo online, mas também sobre o que acontece no universo offline. Dessa forma, não existe mais distância entre a realidade vivenciada fora e dentro da rede, pois o que ocorre numa plataforma gera comportamentos e reações na outra e vice-versa. Assim, a tecnologia afeta os dois espaços, online e offline, tornando real a convergência online-offline. (KOTLER, 2017).

5. Reposicionamento da marca Skol

A partir da campanha publicitária analisada anteriormente, a Skol compreendeu a importância do posicionamento de marca e passou a adotar ações em prol da diversidade. Conforme ressalta o diretor de marketing da Skol, Fábio Boracho, “respeitar todas as diferenças, respeitar ao próximo e incentivar que toda experiência tem que ser livre de preconceitos é um caminho que vamos abraçar” (2016, *online*). E esse é um dos primeiros passos

para a consolidação de marca, conforme Kotler (2017, p.65): “Desde a década de 1980, o posicionamento da marca tem sido reconhecido como a batalha pela mente do consumidor”. O autor defende ainda que “para criar um valor de marca forte, é preciso ter um posicionamento claro e coerente, bem como um conjunto autêntico de diferenciação que apoie esse posicionamento”. (p.65)

Assim, de 2016 em diante, estabeleceram-se relações mais genuínas com o seu público, ressaltando também a empatia e o respeito com as minorias. Em maio de 2016, pela primeira vez a Skol foi a parceira oficial da 19ª Parada do Orgulho LGBT em Belo Horizonte, enfatizando o seu respeito à diversidade conforme a figura 3 a seguir.

Figura 3: Peça gráfica da Skol como Parceira Oficial da Parada LGBT



Fonte: <https://www.facebook.com/skol/>

Nessa primeira ação em que a marca se posicionou em prol de minorias, em 2016, os seus consumidores indagaram a sua atitude devido a campanha realizada há mais de 10 anos com cunho machista. (2016, *online*). Logo após, esse primeiro “conflito” de percepção por parte dos consumidores, a Skol reiterou o seu posicionamento de “cerveja mais democrática do país”.

Em 2017, com o mote “Viva a diferença” na campanha Skolornos, a marca lançou uma linha limitada de latinhas com cinco tonalidades de cor de pele representando a diversidade, eliminando qualquer tipo de estereótipo seja de classe social, gênero ou cor. Enquanto somos seres únicos, também somos a mistura de tudo. E para isso, explorou-se “a beleza dessa diversidade em todos os sentidos. É brindar as nossas diferenças. Não importa sua pele, não importa a cor da lata, a essência é única e é de todos”, conforme ressaltou Catarina Martins (2017, *online*), integrante do Coletivo MOOC o qual prestou consultoria para a realização da ação da Skol.

A campanha além de trazer diferentes tons de pele na latinha, também exhibe-os nos materiais gráficos e audiovisuais produzidos, retratando a diversidade étnica que existe no país com as pessoas que estamparam a campanha. Outro ponto interessante a se ressaltar na campanha é que, além da representatividade de negros, pardos e brancos, também houve a inserção de pessoas com vitiligo, doença caracterizada pela descoloração da pele (2018, *online*).

Figura 4: Peça gráfica da Skol na campanha Skolors, de 2017



Fonte: <https://revistabeerart.com/news/skolors>

Apesar de as campanhas citadas anteriormente terem tido impacto positivo sobretudo sobre as minorias, havia um grupo específico de público que ainda não se conseguia vislumbrar e acreditar nesse novo posicionamento da Skol: as mulheres. Isso aconteceu devido aos anos em que a marca de cerveja fez propagandas com cunho totalmente machista.

Devido a todo o processo de reposicionamento, em março de 2018, no mês das mulheres, a Skol lançou um desafio para oito artistas para que recriassem as peças gráficas antigas de caráter machista.

A partir do mote, “Redondo é sair do seu passado”, foi possível legitimar o novo posicionamento da Skol a partir das ilustrações de como a marca vê as mulheres agora - fortes e independentes. A ideia está visível nas frases inseridas nas ilustrações de uma das artistas convidadas, Camila do Rosário: “Eu não preciso de permissão para me sentir maravilhosa” e “Redondo é sair do seu passado”, ambas com alusão ao empoderamento feminino.

Dessa forma, além do empoderamento, a Skol entende que o seu público também são as mulheres e que para que elas consumam é necessário que haja uma identificação com a marca. O que não acontecia no momento em que a empresa as retratava somente servindo a cerveja para um homem ou consumindo somente com o seu cônjuge. Agora, a postura da empresa já está em consonância com o seu real público, homens e mulheres, que degustam da cerveja igualmente.

Figura 5: Ilustração de Camila do Rosário produzida para a campanha “Redondo é sair do seu passado”, de 2018.



Fonte: <https://exame.abril.com.br/estilo-de-vida/redondo-e-sair-do-seu-passado-a-nova-campanha-da-skol/>

Após a marca conhecer o seu público e legitimar o seu posicionamento, está sendo possível explorar de diversas formas a inclusão e a

diversidade, como mostram os exemplos de ações realizadas neste ano de 2019 pela Skol. Em uma delas a Skol criou um carrinho de compras, a partir da inteligência artificial, acessível para cegos naturalizando a ida ao mercado e a experiência de comprar a sua cerveja de forma autônoma, conforme ilustra a fotografia a seguir, na qual o consumidor Gregory Almeida, que possui deficiência visual há 4 anos, pode vivenciar a sua compra de forma leve e descontraída, diferentemente de outras ocasiões em que precisou pedir auxílio de funcionários que nem sempre estavam dispostos a ajudá-lo. (EXAME, 2019, *online*).

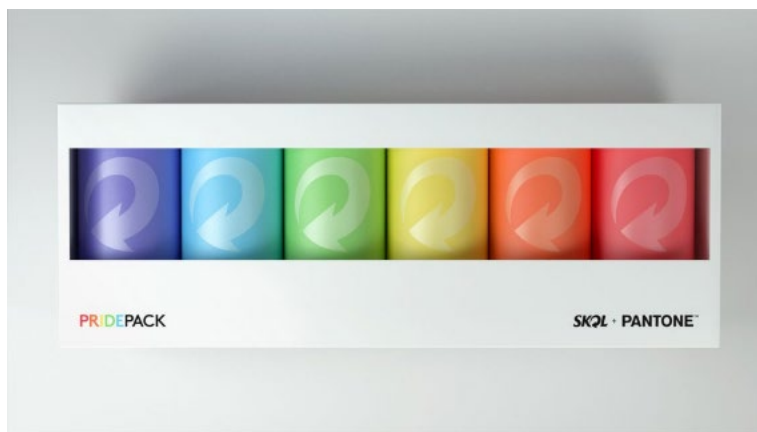
Figura 6: Foto de Gregory utilizando o carrinho de compras acessível para cegos.



Fonte: <https://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2019/06/14/skol-cria-carrinho-de-supermercado-para-deficientes-visuais.html>

Além disso, em junho de 2019, a Skol lançou uma parceria com a Pantone, mostrando uma linha exclusiva chamada Pride com seis latinhas em cores diferentes representando a cor da bandeira e do orgulho LGBT. Este recurso confirma a posição de Kotler (2017, p. 143) em relação ao aspecto estético de apresentação das marcas como um investimento que contribui para a sociabilidade delas com o público: Elas (as marcas) devem ser fisicamente atraentes, intelectualmente interessantes, socialmente envolventes e emocionalmente fascinantes, ao mesmo tempo que devem demonstrar personalidade forte e moralidade sólida”.

Figura 7: Peça gráfica da coleção de latinhas Pride, lançadas em junho de 2019.



Fonte: <https://geekpublicitario.com.br/38035/pride-pack-skol/>

Com essa nova perspectiva a marca de cerveja, literalmente demonstra querer descer redondo ao gosto do consumidor, ao mesmo tempo em que garante uma maior empatia com o público e exerce sua responsabilidade social. Hoje, as marcas precisam conquistar o público também pelo seu caráter de responsabilidade social, porque a sociedade leva a isso, rechaçando produtos ou marcas que pecam por não entenderem que a diversidade é importante porque existe uma diversidade de receptores. Como a informação está acessível e o feedback é direto pelas redes sociais, também as formas imediatas de rejeição a uma ideia são mais visíveis e obrigam a negociação constante das marcas com o público. De acordo com Wolton (2010, p. 15), os receptores, ou seja, os indivíduos e os povos, resistem às informações que os incomodam e querem mostrar os seus modos de ver o mundo”.

3- Considerações finais

A análise das campanhas realizadas pela marca pertencente ao grupo Ambev - Skol - aponta a importância que os consumidores exercem sobre o posicionamento de uma marca. Na pesquisa observa-se que o fator revolta de uma parcela de consumidores causou o estopim de uma grande

transformação da empresa e do modo como ela apresentava e debatia temas tão importantes, tais como as minorias, aqui representada pelo grupo LGBT, diversidade étnica e as mulheres. Dessa forma, apesar de as diversas implicações negativas sobre a marca, houve a sua revitalização, a partir da abertura de espaço para reflexões acerca de assuntos pouco discutidos, como a representação midiática dos direitos humanos por meio da publicidade e propaganda.

A partir desse estudo constata-se uma mudança significativa da relação que a empresa estabeleceu com o seu consumidor e a forma como os mesmos passaram-se a se comunicar com a Skol. Os consumidores tornaram-se mais humanos, ou seja, carecendo de relação mais próximas com as marcas, elas também precisam revelar-se mais humanizadas. E para isso precisam entender as ansiedades e desejos por parte de seu público. E, antes disso, clarificar sobre as características do target de sua empresa. (KOTLER, 2007).

O comportamento da marca Skol, hoje uma das três marcas mais valiosas no mercado brasileiro, reflete uma tendência da publicidade e propaganda não serem mais apenas um discurso persuasivo para a indução ao consumo. Obviamente essa persuasão existe e o estímulo ao consumo também, entretanto, o teor do discurso precisa refletir o compromisso com uma comunicação de caráter e responsabilidade social, ou seja, não pode estar distante das aspirações e valores do seu público.

Referências

- BEER ART- PORTAL DA CERVEJA. Skol faz campanha contra estereótipos. Beer Art, 2017. Disponível em: <https://revistabeerart.com/news/skolors>. Acesso em 4 de outubro de 2019.
- CONAR. Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. São Paulo: Conar, 2015. Disponível em: <http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=4082> Acesso em 3 de outubro de 2019.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em 2 de outubro de 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. Organização das Nações Unidas, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por> Acesso em 2 de outubro de 2019.

EXAME, Revista. Redondo é sair do seu passado: a nova campanha da Skol. São Paulo: Revista Exame, 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/estilo-de-vida/redondo-e-sair-do-seu-passado-a-nova-campanha-da-skol/>. Acesso em 5 de outubro de 2019.

EXAME, Revista. Outdoor da Skol para o Carnaval causa indignação em SP. São Paulo: Revista Exame, 2015. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/marketing/outdoor-da-skol-para-carnaval-causa-indignacao-em-sao-paulo/>. Acesso em: 2 de outubro de 2019

FACEBOOK, página oficial da Skol. Disponível em: <https://www.facebook.com/skol/>. Acesso em 4 de outubro de 2019.

FERRARI, Pri. In: Outdoor da Skol para o Carnaval causa indignação em SP. São Paulo: Revista Exame, 2015. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/marketing/outdoor-da-skol-para-carnaval-causa-indignacao-em-sao-paulo/>. Acesso em 2 de outubro de 2019.

KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan; SETIAWAN, Iwan. **Marketing 4.0**: do tradicional ao digital. Rio de Janeiro: Sextante, 2017.

Kotler, Philip; Roberto, Ned & Lee, Nancy. **Social Marketing**: Improving the Quality of life, Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 2002.

MARIANO, Fábio. In: Anúncio da Skol para o carnaval gera polêmica: peça incentivaria assédio. São Paulo: UOL Economia, 2015. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2015/02/11/anuncio-da-skol-para-o-carnaval-gera-polemica-peca-incentivaria-assedio.htm>. Acesso em 3 de outubro de 2019.

MEIO E MENSAGEM. Skol cria carrinho para pessoas com deficiência visual. São Paulo: Meio e Mensagem, 2019. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/marketing/2019/06/14/skol-cria-carrinho-de-supermercado-para-deficientes-visuais.html>. Acesso em 7 de outubro de 2019.

RADDATZ, Vera Lucia Spacil; BOCK, Marjorie Barros. Direitos Humanos e Fronteiras: a representação da mulher na mídia. In: Direitos Humanos e Democracia, Ano 7, nº 13, Jan./Jun. 2019. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito. Ijuí: Editora Unijuí, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia>. Acesso em 19 de outubro de 2019.

SANTOS, Gilmar. **Os Princípios da Publicidade**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DERMATOLOGIA. Vitiligo. Rio de Janeiro: SBD, 2018. Disponível em: <http://www.sbd.org.br/dermatologia/pele/doencas-e-problemas/vitiligo/21/>. Acesso em 9 de outubro de 2019.

UOL. Casos de violência sexual aumentam 88% no Carnaval, diz programa do governo. São Paulo: UOL, 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/03/03/casos-de-violencia-sexual-aumentam-88-no-carnaval-diz-o-governo-federal.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2019.

WOLTON, Dominique. **Informar não é comunicar**. Porto Alegre: Sulina, 2010.

Biodireito – travesti/transexual e o nome social no SUS: dificuldades práticas quanto ao atendimento digno ¹

Victor Hugo Rodrigues da Silva ²

Janaína Machado Sturza ³

1 Introdução

Os avanços diários da tecnologia, associados às questões sociais decorrentes de tais progressos, obrigam os operadores do direito a abordagens multidisciplinares para encontrar possíveis respostas a conflitos de direitos humanos decorrentes dos próprios avanços tecnológicos.

Sobre o viés da Bioética, consolida-se, dia-a-dia, a necessidade real de um Biodireito, ou seja, uma ciência capaz de regular conflitos decorrentes dos avanços tecnológicos da medicina. Conflitos estes que algumas vezes surgem inclusive no curso da implementação de uma técnica médica ou no atendimento junto ao Sistema Único de Saúde.

O que se pretende abordar no presente artigo são questões práticas envolvendo o atendimento dos travestis ou transexuais no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Especialmente aquelas em que a proteção da

¹ Artigo elaborado na disciplina “Direito a saúde, políticas públicas e cidadania”, no curso de Mestrado em Direito do Programa de Pós Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNIJUI.

² Mestrando do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos – UNIJUI. Endereço eletrônico: victor@borgmannsilva.com.br

³ Pós doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Doutora em Direito pela Escola Internacional de Doutorado em Direito e Economia Tullio Ascarelli, da Universidade de Roma Tre/Itália. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI, lecionando na graduação em Direito e no Programa de Pós Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). E-mail:janasturza@hotmail.com.

dignidade do transexual implica consequências na dignidade de terceiros, o que acarreta claro conflito de direitos fundamentais e obriga o operador do direito a pensar em como minimizar as consequências desse conflito diante da realidade fática do SUS.

Uma das dificuldades vividas no SUS diz respeito ao atendimento do transexual com base no Decreto nº 8.727/2016, que autorizou a adoção do nome social no âmbito da administração pública.

Não se tem a ousadia de apresentar neste breve trabalho respostas definitivas acerca do tema, mas se deseja que o presente seja capaz de trazer o operador do direito à “vida real”, onde se enfrentam verdadeiros dilemas que não são resolvidos com a promulgação de um decreto ou de uma nova lei.

2 A bioética e o biodireito

Não é possível levantar todas as perspectivas acerca do problema que se deseja investigar no presente artigo sem a devida contextualização do caso, trazendo de maneira sucinta como se dá o surgimento da Bioética, sua evolução histórica e como isto conduz à necessidade do Biodireito para regulação dos conflitos decorrentes das evoluções tecnológicas.

Maria de Fátima Freire de Sá (2018, p.4), valendo-se dos ensinamentos de Diego Gracia (2010, p. 410 apud Sá, Maria de Fátima Freire de, 2018, p.4), aponta que a Bioética surgiu da mais pura necessidade, quando os avanços tecnológicos passaram a ser questionados. Isto porque, segundo Gracia (2010, p. 410 apud Sá, Maria de Fátima Freire de, 2018, p.4)

A tese que veio imperando durante boa parte do século XIX e durante toda a primeira metade do século XX foi a de que aquilo que era científica e tecnicamente correto não podia ser mau. Foi este lema do positivismo, que toda questão ética era no fundo uma questão técnica mal colocada, e que portanto todo problema ético podia ser resolvido com sua transformação em outro de caráter técnico.

A autora (Sá, Maria de Fátima Freire de, 2018, p.5), através de tal premissa, concluiu que o paternalismo médico nasce do entendimento supracitado, explicando o porquê desta onipotência do médico, o que impossibilitava qualquer debate acerca da ética na ciência.

A utilização bélica da energia atômica e a experimentação médica nos campos de concentração foram os gatilhos para mudança da premissa de que a ciência possuía uma bondade natural, o que a tornava praticamente inquestionável.

Lolas (2010, p.473 apud Sá, Maria de Fátima Freire de, 2018, p.5) aponta quatro casos emblemáticos que impulsionaram a bioética:

- a) criação da hemodiálise, onde a demanda pelo equipamento superou a disponibilidade do mesmo, acarretando a necessidade de escolher quem receberia o tratamento e quem seria “escolhido” para morrer;
- b) Henry Beecher professor de Harvard demonstrou que estatisticamente 12% dos artigos médicos publicados adotavam métodos contrários à ética;
- c) o caso do primeiro transplante de coração que necessitou ser retirado do doador ainda vivo (morte encefálica); e, por fim,
- d) o caso Tuskegee, cidade do Alabama, onde supostos voluntários (todos negros) acreditavam estar recebendo tratamento para sífilis, mas, na realidade, não estavam, acabando a maioria por morrer e muitos infectaram parceiras e filhos.

Estes casos contribuíram para o surgimento e consolidação da bioética, porém o termo restou “popularizado” a partir da obra *Bioethic: Bridge to the Future*, do oncologista americano Van Rensselaer Potter, publicada em 1971 (Sá, 2018, p.7).

Potter propõe a criação de uma ética ponte, no intuito de inter-relacionar as ciências humanas entre si diante dos problemas ambientais e da saúde.

Na mesma década, o Relatório Belmont, fruto de uma Comissão Nacional Americana, identificou três princípios éticos de extrema relevância: o respeito pelas pessoas (autonomia), beneficência e justiça (Pessini, Leo, 2002, p.52 apud Sá, Maria de Fátima Freire de, 2018, p.8)

Maluf (2015, p.6) afirma que:

A necessidade do estabelecimento de um padrão moral universal, o crescente interesse pela ética filosófica e teológica e o conseqüente entrecruzamento da ética com as ciências da saúde em face do progresso biotecnológico provocou uma radical mudança nas formas tradicionais de agir dos profissionais da saúde, dando uma outra imagem à ética médica, originando um novo ramo do saber, a bioética

Desta premissa o autor retira seu conceito de bioética, que seria o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (ética) e direito (Biodireito) e que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e do meio ambiente (Maluf, 2015, p.6).

A partir do conceito de Bioética e suas aplicações, surgem quatro princípios básicos da ciência, na obra de Maluf (2015), são eles:

Princípio da Autonomia – valoriza a vontade do paciente;

Princípio da Beneficência – busca-se evitar o dano, maximizando-se os benefícios e minimizando-se eventuais riscos;

Princípio da Não Maleficência – decorre do princípio basilar da medicina de primeiro não prejudicar, ou seja, não causar dano intencional;

Princípio da Justiça – Visa a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios da medicina, procurando evitar a discriminação.

A partir destes conceitos e princípios, conclui Maluf (2015) que a

Bioética é a disciplina que estuda os aspectos éticos das práticas médicas e biológicas, avaliando suas implicações na sociedade e as relações entre os homens e entre estes e outros seres vivos, indicando o rumo das condutas a serem adotadas visando o respeito à dignidade humana.

Da necessidade de regular as questões que surgem através da Bioética é que nasce o Biodireito, que nada mais é do que a regulamentação jurídica da problemática da bioética, onde ética serve como instância prática do direito e direito como expressão positiva da ética (Gracia, Diego, 1989, p. 576, apud Maluf, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, 2015, p.17).

A Bioética tem importância fundamental no Biodireito, uma vez que seus problemas, por envolverem em muitas circunstâncias a própria vida humana, exigem rapidez do aplicador do direito para solução do conflito.

Além disso, essa dinâmica inerente aos avanços tecnológicos ocasionam situações em que não existem normas aplicáveis ao caso concreto, dando maior relevo aos princípios, pois seria impossível o legislador acompanhar a velocidade com que a problemática da Bioética se desenvolve.

Neste sentido leciona Sá (2018, p.14):

Em razão da novidade e agilidade dos meios biotecnológicos, árdua, e mesmo impossível, seria a tarefa de elaboração legislativa de forma a proporcionar a completude do ordenamento jurídico. Além disso, as situações fáticas com que o Biodireito lida têm por objeto a própria vida, exigindo, pois, que suas soluções sejam céleres, porém diligentes. É comum estarmos perante o hard case, como diria Dworkin. Dessa forma, as decisões devem ser únicas construídas a partir do problema concreto, permitindo a solução adequada.

Essa consciência da relevância que o caso concreto tem para o Biodireito é o que torna imperiosa a análise dessa problemática através de princípios jurídicos, uma vez que não serão poucas as situações em que uma legislação rígida, que tente estabelecer previsões gerais, se prestará muito mais ao injusto, do que a justiça que podemos encontrar com a aplicação dos princípios, os quais, nos dizeres de Sá (2018, p. 15), permitem certa *liberdade, mas não arbitrariedade*.

Em face da relevância que os princípios jurídicos têm para o Biodireito e a certeza de que os conflitos a serem analisados no presente artigo só poderão ser solucionados através de sua aplicação, é que sucintamente elenca-se aqueles fundamentais para o presente trabalho.

Princípio da Autonomia – o próprio nome já diz, trata-se da autonomia do ser humano diante das decisões que terão acerca de sua saúde. Reforça a necessidade das decisões clínicas ocorrerem no âmbito da relação médico-paciente;

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – O artigo 1º da Constituição Federal não deixa qualquer margem à interpretação acerca da

importância do princípio da dignidade da pessoa humana e ao alcance deste como princípio fundamental.

Não é à toa que o referido princípio tem posição destacada na Carta Magna. A especialidade e a relevância do mesmo lhe dão destaque sobre os demais princípios, que muitas vezes são interpretados em decorrência deste. A doutrina de Novais (2016, p. 20) deixa clara sua prevalência ao afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana *é, de algum modo, constitucionalmente reconhecido como princípio dos princípios*.

O doutrinador reforça a prevalência do princípio afirmando que muitas vezes a dignidade da pessoa humana tem o impacto de argumento demolidor, ou seja, encerra o objeto do litígio de maneira que sequer será possível contra-argumento racional (NOVAIS, 2016, p.21)

Por isso da importância do mesmo como princípio fundamental do Biodireito.

Princípio da Precaução – Tendo em vista o frequente manuseio de práticas científicas que se desconhece suas consequências, o princípio da precaução determina que deve ser obstado todo e qualquer comportamento, que em face do desconhecimento acerca do resultado, possa causar danos a seres humanos, a outras espécies ou ao meio ambiente. Ou seja, qualquer pesquisa que não tenha provas de que sua realização não irá causar malefícios, deve ser evitada.

Assim, Biodireito é (Maluf, 2015)

o novo ramo do direito que busca regular as práticas médicas e os avanços da biotecnologia, visando equilibrar o devido respeito às novas descobertas científicas de uma lado e o respeito à valorização do ser humano em sua intrínseca dignidade, de outro, sem violar os direitos nascidos dessa relação.

Tendo o Biodireito como ferramenta, é que se pretende analisar a questão envolvendo os transexuais no âmbito do Sistema Único de Saúde, em especial as questões decorrentes da aplicação do Decreto nº 8.727/2016.

3 Travesti, transexual e nome social

Atualmente as individualidades de cada ser humano passam por um maior reconhecimento e aceitação. Isso não significa que atos de preconceito e discriminação não sigam ocorrendo.

Contribuem para este aumento da discriminação, a criação de políticas públicas precárias, que ao invés de favorecer a inserção, acabam por criar dificuldades ainda maiores para a efetivação da dignidade do transexual diante da realidade prática.

Neste contexto analisa-se a evolução do tratamento do transexual no sistema Único de Saúde pelo viés da Bioética e do Biodireito, especialmente a questão reativa ao uso do nome social.

A Organização Mundial da Saúde (2017), define que identidade de gênero é a experiência de uma pessoa com seu próprio gênero. Na definição da OMS, pessoas transgênero são aquelas que a identidade de gênero é diferente do sexo que lhes é atribuído no momento do nascimento.

Segundo a classificação estatística internacional de doenças e problemas relacionados à Saúde, popularmente conhecida como CID-10 (2008), transexualismo é:

um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar ou inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu copro tão conforme quanto possível ao sexo desejado.

A 5ª edição do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (2014), conhecido por DSM-5, também reconhece a transexualidade no capítulo intitulado disforia de gênero, que define como sendo aqueles indivíduos que

apresentam incongruências acentuadas entre o gênero que lhes foi designado (em geral ao nascimento, conhecido como gênero de nascimento) e o gênero

experimentado/expresso. Essa discrepância é o componente central do diagnóstico. Deve haver também evidências de sofrimento causado por essa incongruência. O gênero experimentado pode incluir identidades de gêneros alternativas além dos estereótipos binários. Em consequência, o sofrimento não se limita ao desejo de simplesmente pertencer ao outro gênero, podendo incluir também o desejo de ser de um gênero alternativo, desde que diferente do designado. (DSM-5, 2014, p.453)

Conforme Maluf (2015, p.311), aceita-se hoje a existência de uma graduação de vários estados sexuais compreendidos entre duas entidades extremas: o homem e a mulher. Reconhece a autora a possibilidade de identificarmos o sexo do indivíduo por diversas maneiras preponderantes, dentre elas o sexo morfológico, o sexo cromossômico ou genético, o sexo nuclear, O sexo psicológico ou social, o sexo jurídico e o sexo hormonal.

Segundo a mesma autora, a literatura especializada considera o sexo hormonal como sendo o “verdadeiro sexo”, uma vez que os hormônios sexuais condicionam a evolução dos caracteres sexuais somáticos, funcionais ou psíquicos.

Levando-se em consideração tais definições, tem-se que a pessoa transexual é aquela que busca sua readequação para o gênero oposto, valendo-se de tratamentos hormonais e cirurgia de readequação de gênero.

Neste contexto, o estado passou a regular no âmbito do SUS a forma de acesso aos transexuais à cirurgia de readequação sexual (Portaria nº 457 da Secretaria de Atenção à Saúde 2008). Ocorre que a referida Portaria prevê uma série de requisitos, dentre eles a necessidade de acompanhamento terapêutico por no mínimo 2 (dois) anos. Agrega-se a isto o fato de que apenas 5 (cinco) hospitais estão habilitados para realizar o atendimento pelo SUS (2018), isto acarreta uma realidade em que muitos indivíduos ou estão em filas de espera para atendimento, ou sequer tiveram acesso efetivo ao tratamento.

Pensando nessa realidade e objetivando acima de tudo a dignidade da pessoa humana, passou o Estado a regular através do Decreto nº 8.727/2016 a possibilidade de, mediante requerimento da pessoa travesti

ou transexual, a adoção obrigatória do nome social no âmbito da administração pública, independente de outras questões, como, por exemplo, já ter se submetido a cirurgia de redesignação sexual.

Eis que surge o dilema deste trabalho. O supracitado decreto deixa claro que o nome social pode ser adotado a qualquer tempo, bastando o desejo pessoal do indivíduo. E a realidade do atendimento do SUS, em especial a forma como o Estado remunera e possibilita o atendimento, ocasiona situações fáticas que colocam o prestador de serviço SUS diante de claro conflito de direitos fundamentais.

Atualmente pacientes do SUS são internados em quartos coletivos, muitas vezes em enfermarias, onde os pacientes são acomodados de acordo com seu sexo biológico, o que acarreta o problema que pretendemos enfrentar.

A ânsia por proteger minorias sem, contudo, adotar todas as medidas necessárias para a concretização da política pública almejada, acaba criando mais conflitos e discriminações. O desconforto que esse tipo de situação gera para o indivíduo transexual é tão ou mais severo do que aquele que é causado aos demais pacientes que estão internado na mesma enfermaria.

Como julgar o desconforto de uma paciente internada numa enfermaria, que vai passar a noite com uma outra paciente que, em que pese seu nome social representar a identidade de gênero efetiva, seu sexo biológico é outro? E o companheiro desta paciente? Que é proibido de pernoitar na enfermaria por seu sexo biológico ser incompatível com o das outras pacientes?

Trata-se de um evidente caso de conflito de direitos fundamentais, e a atual conjectura conduz a afirmar que o direito do transexual possui maior potencial protetivo, especialmente pela sua posição de minoria, porém, deixa-se de pesar que do outro lado existem os direitos de outros quatro ou cinco pacientes e seus familiares, que estão sendo preteridos em desfavor do interesse de um único paciente.

Como se afirmou, não se pretende ser definitivo sobre o tema, mas sim levantar algumas dúvidas pertinentes acerca da adoção de políticas públicas que parecem muito mais servir de sustentação a promessas demagógicas do que efetivamente realizar a proteção da dignidade do indivíduo transexual.

É muito fácil determinar a adoção do nome social em protocolos e prontuários, sem, contudo, providenciar formas efetivas de implementar tal conduta ou se preocupar com a dignidade de todos os envolvidos em tal processo.

Não se desconhece a segregação pela qual passam indivíduos transexuais, porém o que se questiona é até que ponto é realmente efetivo esse tipo de política pública que, na intenção de diminuir a segregação, gera raiva, desconforto e mais segregação?

Fica claro que políticas públicas não se fazem com mera portarias e regulamentações que não se preocupam com a questão prática e não buscam uma forma efetiva de implementar os conceitos por elas abarcados.

Decretar que um cidadão pode usar seu nome social, sem municiar os órgãos públicos ou prestadores de serviços públicos equiparados, com as devidas ferramentas para implementação efetiva de tais medidas não é fator de inclusão, mas sim gerador de insatisfação, frustração e, ao final, de mais exclusão.

4. Considerações finais

Pensa-se que muito pior do que a ausência de direitos é a declaração destes sem a devida efetivação. De que adiantam leis que não são cumpridas, regulamentos que só regulam no papel e propostas de inclusão que de fato segregam?

A necessidade de políticas públicas efetivas deixa claro o quanto ainda se precisa evoluir para alcançar a efetivação de direito humanos, em especial a dignidade da pessoa humana em sua plenitude.

Mas acima de tudo, as consequências das políticas públicas apontadas não podem ser analisadas sem considerarmos o caso concreto e todas as suas nuances.

A utilização do nome social, o que, *prima facie*, seria fator gerador de inclusão social, se considerado apenas na letra fria da Lei, quando encarado diante da realidade fática do SUS, ou seja, quando analisado o caso concreto, deixa evidente que se trata de um potencializador de conflitos, visto que não existe condições efetivas para sua implementação.

Além disso, o caso concreto demonstra que para a efetivação do direito à dignidade de um cidadão ou cidadã, estaria sendo preterido o mesmo direito à dignidade de, no mínimo, outros 4 (quatro) cidadãos.

Nos dias de hoje, onde o politicamente correto dita a forma como se encaram dilemas envolvendo minorias, a relativização do desrespeito da dignidade daqueles tidos por maioria diante de uma minoria, tem justificado condutas claramente maléficas a um número maior de cidadãos. Em que pese aqui o objetivo não seja a análise deste mal, mas sim servir de alerta que este tipo de medida estimula a segregação ao invés de estancá-la.

Os ensinamentos de Novais (2016, p. 153) reforçam essa necessidade de análise do caso concreto, em especial quando, para satisfação de um direito, são violados outros de mesma grandeza e relevância: “...em termos jurídicos-constitucionais, não é possível determinar a existência de violação do princípio sem considerar o contexto, as intenções, o significado social do acto em causa...”

Por fim, é vazia a proposta que apresenta um objetivo sem considerar o processo necessário para se chegar ao resultado almejado. Hoje não se consegue atender com dignidade, sequer, em um modelo dicotômico de atendimento no SUS, de que forma realizar esse atendimento plural?

Caberia ao legislador uma atenção maior à forma de execução das políticas públicas, para que sejam devidamente implementadas as condições para uma mudança, pois dessa forma sim poder-se-á combater a crescente discriminação com uma política pública concreta de inclusão, não apenas palavras ao vento.

A obrigatoriedade de adoção do nome social sem a implementação de condições técnicas para o tratamento adequado do indivíduo transexual é, na verdade, fator gerador de exclusão e discriminação, não o contrário.

Referências

BRASIL. **Decreto nº 8.727 de 28 de abril de 2016**. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde - CID-10**; 2008 <http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm>, (acessado em 20 de fevereiro de 2019).

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Portaria 457 de 19 de agosto de 2008**. http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prto457_19_08_2008.html (acesso em 20 de fevereiro de 2019).

BRASIL. Ministério da Saúde. **Notícia de 04 de janeiro de 2017**. <http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/27125-ministerio-da-saude-habilita-novos-servicos-ambulatoriais-para-processo-transexualizador> (acesso em 20 de fevereiro de 2019)

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e Biodireito**. 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2015.

MANUAL DIAGNÓSTICO E ESTATÍSTICO DE TRANSTORNOS MENTAIS [RECURSO ELETRÔNICO] : DSM-5 / [American Psychiatric Association ; tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento ... et al.]; revisão técnica: Aristides Volpato Cordioli ... [et al.]. - 5. ed. - Dados eletrônicos. - Porto Alegre : Artmed, 2014.

NAÇÕES UNIDAS. Organização Mundial da Saúde. **Nota Informativa. 2017** https://unfe.org/system/unfe-91-Portugese_TransFact_FINAL.pdf?platform=hootsuite, (acessado em 20 de fevereiro de 2019)

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. V.1 Dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Editora Almedina. 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana. V.2 Dignidade e inconstitucionalidade. Coimbra: Editora Almedina. 2016.**

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito.** Belo Horizonte: Del Rey editora, 2018.

A construção do materialismo como forma de felicidade

*Willian Matheus Heineck*¹

*Geciana Seffrin*²

Introdução

A construção do sistema capitalista foi um processo rápido e constante. Processo este que continua em expansão. A materialidade do homem é consequência da sua interminável criação de novas necessidades para a vida. Prometer o bem-estar e a felicidade através do trabalho foi o grande trunfo do capitalismo e da modernidade. Criou-se um ser humano alienado, vivendo como uma mera engrenagem de produção de bens materiais. Bens estes que ele mesmo paga para consumir.

A tecnologia e a globalização aceleraram todos os processos e tornaram este um conceito de vida ocidental. Hoje tem-se um homem que vive uma ilusão paradoxal de felicidade, pois altera constantemente momentos de bem-estar com momentos de tristeza e decepção. Assim como vários avanços foram conquistados, muitos valores foram desvirtuados e muitos problemas foram gerados. A exploração do trabalho em troca de felicidade

¹ Mestre em Direitos Humanos do PPGD da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ; Graduado em Direito pela Unijuí; Servidor Público Federal, Técnico em Informações Geográficas e Estatísticas, Chefe da Agência do IBGE em Três Passos/RS; Vereador pelo município de Três Passos/RS; Fone: 55 99658 8258; e-mail: willianmatheusheineck@gmail.com

é o grande mecanismo que mantém o ²sistema capitalista em funcionamento e o indivíduo preso na sua busca de bem-estar através do consumo.

A exploração do trabalho humano em troca de felicidade

A vida material do homem surge quando ele começa a produzir meios para a sua existência. Isto passa a distingui-lo dos outros animais. Para Karl Marx (2007), o indivíduo é constituído por aquilo que ele produz e, portanto, o homem manifesta sua vida condicionada à materialidade assim que começa a produzir meios materiais para viver.

O homem, segundo Marx (2007), que antes vivia em meio à natureza, sem modifica-la materialmente, não pode ser analisado profundamente, nem fisicamente, pois ele apenas compunha a natureza como qualquer outro ser vivo. É a materialidade do homem que permite que o mesmo seja diferenciado dos demais seres vivos.

Ao produzirem seus meios de existência, os homens produzem indiretamente sua própria vida material. [...] A maneira como os indivíduos manifestam sua vida reflete exatamente o que eles são. O que eles são coincide, pois, com sua produção, isto é, tanto com o que eles produzem quanto com a maneira como produzem. O que os indivíduos são depende, portanto, das condições materiais da sua produção. (MARX, 2007, p. 10).

Sobre a materialidade do homem, Rosseau (2017), aproximadamente um século antes de Marx (2007), já concluiu que a mesma corrompeu a espécie humana que, enquanto “selvagem”, não possuía as necessidades materiais que hoje tem como indispensáveis. O homem passou a industrializar assim que passou a usar um galho como ferramenta ou instrumento de defesa. O homem “civilizado” é mais fraco e explora a natureza para compensar as fraquezas que ele mesmo criou.

²Mestre em Direitos Humanos do PPGD da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ; Especialista em Direito Público pela Damásio Educacional; Graduada em Direito pela URI, campus de Frederico Westphalen; Procuradora-Geral do Município de Três Passos/RS; Fone: 55 997034286; e-mail: gecianas@gmail.com

A materialidade, já em seu princípio, portanto, passa a ser uma demonstração de fraqueza do homem, que antes só precisava do próprio corpo para sobreviver harmoniosamente com a natureza. Antes inexistentes e desnecessárias, as coisas criadas passam a ser indispensáveis. Não é isto que acontece até hoje? Todos os bens materiais consumidos não são necessidades criadas, antes desnecessárias? A industrialização material que destrói até hoje o homem e o mundo começou nas primeiras necessidades criadas pelo ser humano, representando, cada nova necessidade, uma nova fraqueza, uma nova dependência, uma nova agressão à natureza e uma nova ilusão de bem-estar e felicidade. O homem “selvagem”, portanto, é muito mais forte que qualquer homem “civilizado”, mesmo este carregando todos os bens materiais que inventou, pois estes bens nada mais são que as fraquezas que o homem selvagem nunca teve.

Sendo o corpo o único instrumento que o homem selvagem conhece, ele o emprega para diversos usos dos quais, pela falta de exercício, nossos corpos são incapazes; é a nossa indústria que nos retira a força e a agilidade que a necessidade a obriga a adquirir. Se ele tivesse um machado, seu punho romperia galhos tão fortes? Se tivesse uma funda, lançaria com a mão uma pedra com tanta firmeza? Se tivesse uma escada, escalaria tão agilmente uma árvore? Se tivesse um cavalo, seria tão veloz na corrida? Deem ao homem civilizado o tempo de reunir a seu redor todas as suas máquinas: não se pode duvidar de que ele supere com facilidade o homem selvagem. Contudo, se quiserem ver um combate ainda mais desigual, os coloquem nus e desarmados um frente ao outro, e logo reconhecerão qual é a vantagem de ter sempre todas as forças à disposição, de estar sempre pronto para qualquer eventualidade e de estar, por assim dizer, sempre inteiro consigo mesmo. (ROSSEAU, 2017, p. 49).

A materialidade do homem, fruto das necessidades que ele passa a criar para si mesmo, gera suas próprias fraquezas. E a materialidade nasce no momento que o homem deixa de existir por si só e passa a utilizar de meios que ele próprio inventa para facilitar sua vida. Consequentemente estas facilidades, antes inexistentes e, portanto, desnecessárias, passam a

ser fundamentais. O homem passa a consumir a natureza em seu benefício. É neste momento que ele inicia o processo de um dia impossibilitar sua vida no planeta. O consumo material, assim que tido como necessário, passa a ser a causa dos maiores problemas que o ser humano enfrenta até hoje. E é isto que se busca entender e explicitar neste trabalho.

Voltando ao pensamento de Marx (2007), entende-se melhor esta construção de necessidades do ser humano. O homem civilizado, industrial, materialista, pode ser definido por suas necessidades para viver. Como o próprio autor diz, sua materialidade é que o define. Assim, Marx (2007) conclui que o homem possui três “pressupostos existenciais”. Os primeiros definidos como “necessidades básicas” para a sua sobrevivência, como comida, vestimenta e moradia. Os segundos pressupostos, vistos como as “segundas necessidades”, que surgem assim que satisfeitas as básicas. E os terceiros pressupostos, existentes para que o homem se desenvolva historicamente, que tratam da procriação e formação da família. O homem precisa “criar outros homens”.

Estes pressupostos, para Marx, coexistem desde o começo da história e dos primeiros homens. São as condições para viver e poder fazer história. São os pressupostos para que o ser humano possa sobreviver e perpetuar a espécie.

[...] todos os homens devem ter condições de viver para poder fazer história. Mas, para viver, é preciso antes de tudo beber, comer, morar, vestir-se e algumas outras coisas mais. O primeiro fato histórico é, portanto, a produção dos meios que permitem satisfazer essas necessidades, a produção da própria vida material. [...] uma vez satisfeita a primeira necessidade, a ação de satisfazê-la e o instrumento já adquirido com essa satisfação levam a novas necessidades. [...] a terceira relação é que os homens passam a criar outros homens e a se reproduzir. (MARX, 2007, p. 21).

A transformação deste homem selvagem no homem civilizado é pautada pela criação de suas necessidades materiais e, portanto, pelo consumo da natureza. Entender este processo torna-se fundamental para entender

o homem moderno. Este mesmo homem que buscou a felicidade na coletividade e na política grega ou na religiosidade medieval. Este homem sempre se moveu pelas necessidades materiais criadas em seu chamado “progresso” ou “desenvolvimento”. Rousseau (2017) conseguiu interpretar esta transformação de forma bem clara, sob seu ponto de vista crítico, entendendo que a civilidade encontrada pelo homem, fruto das necessidades materiais criadas por ele mesmo, foi a que o corrompeu.

Esta transição do homem “selvagem” para o homem “civilizado”, como diz Rousseau (2017), é, portanto, pautada na criação das necessidades materiais. A civilização trouxe ao homem a desigualdade e, juntamente com ela, os vários problemas sociais que até hoje não conseguimos resolver. Quando o homem começa a conviver e perceber o outro, dá o primeiro passo para a desigualdade, tomando um caminho do qual nunca mais conseguiu voltar. As necessidades materiais aproximam os seres, que deixam de viver de forma autossuficiente, e esta proximidade o tira do estado natural, passando para o estado de convivência social, dividindo espaços e, portanto, precisando determinar pontos que possam harmonizar sua convivência.

Tudo começa a mudar de aspecto. Ao adquirirem uma base mais fixa, os homens, até então errantes nos bosques, aproximam-se lentamente [...] Eles se acostumam a considerar diferentes objetos e a fazer comparações; adquirem imperceptivelmente ideias de mérito e beleza que produzem sentimentos de preferência [...] O ciúme desperta com o amor, a discórdia triunfa[...] Cada um começa a olhar os outros e a querer ser olhado ele próprio, e a estima pública teve um preço. Quem cantava melhor, o mais belo, o mais forte, o mais habilidoso tornou-se mais considerado, e esse foi o primeiro passo tanto para a desigualdade quanto para o vício: dessas primeiras preferências nasceram a vaidade, o desprezo, a vergonha e a inveja. A fermentação causada por esses novos germes produziu finalmente compostos funestos para a felicidade e a inocência. (ROSSEAU, 2017, p. 85).

A desigualdade, portanto, começou com a aproximação e convívio entre os homens, mas aumentou consideravelmente no momento em que

surge o termo propriedade. A propriedade privada é a mais pura consequência do materialismo desenvolvido. Torna-se uma necessidade essencial para o homem, este mesmo homem que antes vagava indiferentemente por toda parte. Neste momento é plantada a primeira semente para todas as disputas, guerras e lutas entre indivíduos, classes e nações.

Esta construção foi um longo processo que o homem desenvolveu. Até chegar à determinação de uma propriedade, precisou sair de seu estado “selvagem” e, criando diversas necessidades, aproximando-se dos demais indivíduos e passando a conviver, comparando-se ao outro e identificando-se nele, precisou determinar seu espaço.

O primeiro que, ao cercar um terreno, teve a audácia de dizer *isto é meu* e encontrou gente bastante simples para acreditar nele foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras e assassinatos, quantas misérias e horrores teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas e cobrindo o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: “Não escutem esse impostor! Estarão perdidos se esquecerem que os frutos são de todos e a terra é de ninguém!” (ROSSEAU, 2017, p. 80).

Quem sabe o quão bom seria se este primeiro terreno nunca tivesse sido cercado? Quem sabe quantos problemas não existiriam e o quão mais felizes seriam todos se buscassem viver apenas com suas necessidades básicas, mesmo que materiais, mas apenas para sobreviver em harmonia com o meio ambiente e os demais seres vivos. O homem poderia ter despertado vários outros sentimentos bons ao se aproximar do seu semelhante, porém, a desigualdade material o fez desenvolver-se buscando meios que fizeram muito mal a si mesmo.

As necessidades existentes no mundo moderno são infinitas, pois são criadas o tempo todo. Estas necessidades são criadas e administradas pela classe dominante, a classe burguesa e os governos existem para garantir que os negócios desta classe andem bem garantindo o lucro e a manutenção do capitalismo. Como Marx define no Manifesto Comunista, “um governo moderno é tão somente um comitê que administra os negócios comuns de toda a classe burguesa.” (MARX, 2016, p. 27).

O avanço do capitalismo interfere em toda a estrutura de vida do homem. Os avanços tecnológicos encurtam distâncias e as necessidades, antes locais, passam a ser mundiais. O mercado, os produtos, as novas necessidades criadas e até mesmo a cultura passa a ser algo a ser consumido e produzido. A globalização transforma o mundo em uma grande indústria que consome seus próprios produtos. A mão de obra provém do ser humano e a matéria prima do planeta que ele habita. O Deus da modernidade é o Capital. É para ele que se trabalha, é para ele que se vive e é dele que se depende. Somente atendendo às condições dele é que se alcança o bem-estar e a felicidade.

Pelo rápido desenvolvimento de todos os instrumentos de produção, pelas comunicações infinitamente facilitadas, a burguesia impele todas as nações, mesmo as mais bárbaras, para a torrente civilização. Os preços baixos de suas mercadorias são a artilharia pesada que derruba todas as muralhas da China, que obriga os bárbaros xenófobos mais renitentes a capitularem. Obriga todas as nações, sob pena de arruinarem-se, a adotarem um modo de produção burguesa; obriga-as a introduzirem em seu seio a chamada civilização, isto é, compele-as a tornarem-se burguesas. Em suma, plasma um mundo à sua própria imagem. (Marx, 2016, p. 30).

Desta forma, o mundo tornou-se praticamente todo capitalista. O mundo produz riqueza e lucro através da exploração do trabalho. O lucro gerado garante a manutenção de todo um sistema que tornou o ser humano vítima das próprias necessidades que cria pensando que serão a garantia de seu bem-estar. O capitalismo sobrevive graças à submissão do ser humano ao poder do consumo. Como afirma Marx, “A condição essencial da existência e da supremacia da classe burguesa é a acumulação da riqueza nas mãos privadas, a formação e o incremento do capital. A condição de existência do capital é o trabalho assalariado”. (MARX, 2016, p. 44). A isto o homem se submete, pois passou a acreditar que, para ser feliz, basta consumir, mesmo que para isto o seu próprio trabalho e dia-a-dia percam sentido, sendo apenas uma ferramenta de produção de capital.

A busca das realizações humanas através do consumo

O que se viu até aqui mostrou que o homem construiu uma história que o levou a depender do consumo material, de caráter individualista, imediatista e hedonista. Todo o processo de formação do modo de vida de hoje, seja sob o ponto de vista social ou econômico, partiu da constante criação de novas necessidades humanas, necessidades estas que passaram a ser materiais. Este tem sido o motivo da sua submissão ao trabalho e à exploração, tudo como consequência da sua crença de que as sensações e prazeres que o consumo material traz, mesmo que descartáveis, são o motivo de sua felicidade.

Pensar as necessidades humanas é uma atividade que transcende o tempo e motiva muitos autores a pesquisar e buscar entender a busca da felicidade, que move a humanidade e a trouxe até aqui. Quando perguntado sobre os critérios que os seres humanos escolheram para definir os valores da vida e, conseqüentemente, seu caminho para a felicidade, Sigmund Freud (2016) buscou encontrar resposta na constituição psíquica do homem, esta que ele vê como um obstáculo para a felicidade, concluindo que não só a civilização, mas a própria cultura humana, implicam uma diminuição na felicidade dos indivíduos.

Para suportar as adversidades da vida, o ser humano procura fugas para remediar e suportar a própria existência. Suas necessidades de prazer o impulsionam a buscar paliativos que aparentemente lhe fazem bem ou lhe trazem a sensação de prazer e felicidade. Segundo Freud (2016), “a vida, tal como nos é imposta, é muito árdua para nós, nos traz muitas dores, desilusões e tarefas insolúveis. Para suportá-la, não podemos prescindir de lenitivos”. Entendendo que seriam três os tipos de fuga buscados pelo homem, afirma que “esses expedientes talvez sejam de três tipos: distrações poderosas que nos façam desdenhar nossa miséria, satisfações substitutivas que a amenizem e entorpecentes que nos tornem insensíveis a ela” (FREUD, 2016, p. 61). O homem, portanto, ao buscar sua

felicidade, está na verdade fugindo dos grandes sofrimentos que a vida lhe impõe.

As “satisfações substitutivas” que Freud relaciona como fugas para a constatação de nossa miséria. Ao referir-se a estas satisfações, compreende-se imediatamente que se fala da característica hedonista que o ser humano carrega. As necessidades de prazer e sensações tentam dar um sentido à vida. E é justamente a este ponto que Freud se detém, visto que a questão sobre a finalidade da vida humana “jamais teve uma resposta satisfatória e talvez nem sequer a admita”. Os seres humanos querem, ne verdade, a felicidade, porém, nunca conseguiram descobrir definitivamente onde a encontrar.

Passaremos a uma pergunta mais modesta: o que os próprios seres humanos, através de seu comportamento, revelam ser a finalidade e o propósito de suas vidas? O que exigem da vida, o que nela querem alcançar? É difícil errar a resposta: eles aspiram à felicidade, querem se tornar felizes e assim permanecer. (FREUD, 2016, p. 63).

De qualquer forma, o homem está preso às necessidades que cria constantemente. Busca suas sensações de prazer e felicidade nos bens que cria e vive em função da produção dos mesmos. Nunca encontrou de fato, sua felicidade e parece que assim nunca encontrará. Fato é que hoje vive uma frustração constante causada por sensações de prazer imediatas, não duradouras e ilusórias, em que a busca da felicidade não está pautada em seu interior, mas sim no que produz com a exploração do mundo exterior no qual vive.

Em sua obra *Vida para Consumo*, Zygmunt Bauman (2008) desenvolve uma teoria sobre como a humanidade chegou a este consumo volátil, que busca o prazer momentâneo, entendendo estas sensações passageiras como base para sua felicidade. O consumo, segundo o autor, é algo naturalmente humano. Assim que o homem passou de coletor da natureza e passou a estocar o excesso de sua coleta, passou a consumir. Ou seja, de forma natural o homem descobriu-se consumidor.

O grande ponto de mudança histórica foi quando o percebeu-se a “passagem do consumo ao consumismo, quando aquele tornou-se especialmente importante, se não central, para a vida da maioria das pessoas.” (BAUMAN, 2008, p. 38). Entende-se que o consumo é humano, e que o consumismo é social. Ou seja, ao relacionar-se, o homem, naturalmente consumidor, torna-se consumista. É neste momento que a sua capacidade de querer, desejar e experimentar sensações, emoções e experiências sempre diferentes passou a sustentar a economia da sociedade humana.

O consumismo, fruto da sociabilidade humana, é consequência das novas necessidades que o ser humano cria sempre que satisfaz as antigas. Assim como já foi citada a interpretação das necessidades feita por Marx (2007), Bauman (2008) compreende que estas novas necessidades são infinitas, pois o ser humano nunca se sacia completamente. Lembrando do que Marx (2007) afirma, os “segundos pressupostos existenciais” citados por ele, segundo Bauman, são infinitos, pois socialmente o ser humano sempre busca novas experiências e, portanto, infinitamente as consome.

Pode-se dizer que o consumismo é um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes e, por assim dizer, neutros quanto ao regime, transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade, uma força que coordena a reprodução sistêmica, a integração e a estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de auto identificação individual e de grupo, assim como na seleção e execução de políticas de vida individuais. O consumismo chega quando o consumo assume o papel-chave que na sociedade de produtores era exercido pelo trabalho. Como insiste Mary Douglas, “a menos que saibamos por que as pessoas precisam de bens de luxo [ou seja, bens que excedam as necessidades de sobrevivência] e como os utilizam, não estaremos nem perto de considerar com seriedade os problemas da desigualdade. (BAUMAN, 2008, p. 41).

O que realmente faz com que o consumismo acabe tornando-se o motivo de felicidade dos indivíduos, fica quase impossível definir, pois as razões podem ser inúmeras. Até mesmo esta construção de motivos vai mudando na história, fazendo parte de uma evolução constante, chegando

aos dias de hoje, nos quais se consome para sentir a sensação de prazer imediato, mesmo que por pouco tempo.

Vive-se uma cultura de pressa, mobilidade e imediatista. O prazer é imediato, o produto deve proporcionar isto imediatamente e, após gerar a sensação de prazer desejada, passa a ser obsoleto, dando lugar a uma nova mercadoria, esta que em breve passará pelo mesmo processo. A busca da felicidade passa pelas sensações rápidas e imediatas. Trata-se do “fenômeno líquido-moderno do consumismo”, como define Bauman (2008). Tudo é imediato, a sensação de prazer é imediata e, portanto, a felicidade precisa ser imediata, porém tudo também é descartável e torna-se obsoleto assim que cumprir o seu papel. Da mesma forma, imediatas e descartáveis, tornam-se as infinitas sensações de felicidade do ser humano.

O bem-viver paradoxal do individualismo e da globalização

O ser humano vive hoje, portanto, a era da individualidade, da globalização, da informação e do consumo. Tudo é muito rápido e facilitado, porém, tudo é muito voltado para o bem-estar individual, geralmente buscado através do consumismo, esquecendo-se de direitos fundamentais coletivos e de propósitos de realização baseados em um ideal de valores sociais e morais. Esta construção de homem consumista e individualista não foi por acaso. A promessa de felicidade da modernidade distorceu os valores do ser humano, desvirtuando-o de uma de suas principais virtudes naturais, já identificada na Antiguidade, pelos gregos: ser político.

É preciso voltar a pensar coletivamente, buscando um consumo racional, com um bem-estar social para todos e com a possibilidade de um planeta sustentável, habitado por um ser humano que busque o sentimento de felicidade em valores morais, sociais e coletivos.

La fuerza ideológica de la noción de felicidad no procede justamente de una propensión natural de cada individuo a alcanzarla para sí. Procede, sociológica e historicamente, del hecho de que el mito de la felicidad recoge y encarna em las sociedades modernas el mito de la Igualdad. Toda la virulencia política

e sociológica con que se há cargado esse mito, desde la revolución industrial y las revoluciones del siglo XIX, se transfirió al mito de la Felicidad. El hecho de que la felicidad tenga, en primer lugar, esta significación y esta función ideológica acarrea importantes consecuencias en cuanto a su contenido: por ser em vehículo del mito igualitario, es necessário que la felicidade sea mensurable. Hace falta que sea um bienestar mensurable em objetos e signos, em confort, como decía Tocqueville quien ya notaba esta tendència em las sociedades democráticas a acumular cada vez más bienestar, como resorción de las fatalidades sociales e igualación de todos los destinos. La felicidad como goce total o interior esa felicidade independiente de los signos que podrían manifestarla a los ojos de los demás, esa felicidad que no tiene necesidad de pruebas, queda pues excluída de entrada de ideal de consumo, em el cual la felicidad es sobre todo exigência de igualdad(o de distinción. por supuesto) y es em función de ello, debe manifestarse siempre em relación com critérios visibles. Em ese sentido la felicidad está aún mas lejos de toda fiesta o exaltación colectiva puesto que, alimentada por uma exigencia igualitaria, se basa en los principios individualistas. (BAUDRILLARD, 2011, p. 39).

Desta forma, a ideia consumista impregnou-se na construção da sociedade. As revoluções industriais foram tornando os indivíduos empregados consumidores e a relação capital e trabalho foi se consolidando, transformando a vida do homem uma série de atividades realizadas em função do consumo e da busca do bem-estar através dele. Essa é uma das compreensões de felicidade prometida pela Modernidade e que tornou o ser humano em um ser individualista e fascinado pelo consumo de bens materiais, pautando sua vida como sendo este o seu principal pressuposto existencial.

Assim o homem fica perdido em meio ao seu vasto conhecimento, sua enorme capacidade de buscar informações e suas inúmeras frustrações, ocasionadas pelo fato de saber das possibilidades existente, mas também saber das suas eventuais impotências perante as condições do mercado. Tem-se um indivíduo, portanto, em uma situação paradoxal, como diz Lipovetsky, que apresenta este indivíduo determinado a ser feliz através do consumo como “hiperconsumidor”:

Aqui reside a condição profundamente paradoxal do hiperconsumidor. Por um lado, ele afirma-se como um consumidor-ator, informado e livre, que vê seu leque de opções alargar-se, que consulta portais e tabelas de preços [...] age e procura otimizar a relação qualidade/preço. Por outro lado, os modos de vida, os prazeres e os gostos mostram-se cada vez mais dependentes do sistema comercial. Quanto mais o hiperconsumidor detém um poder que há pouco lhe era desconhecido, mais o mercado faz alastrar os seus tentáculos; quanto mais o comprador se encontra num estado autoadministração, mais se verifica a extradeterminação ligada à ordem mercantil. (LIPOVESTKY, 2015, p. 10).

Este consumidor consome por desejo, carregando, portanto, um caráter hedonista na sua postura. O hiperconsumidor precisa consumir para satisfazer suas necessidades pessoais e imediatas, buscando a sensação de bem-estar e prazer, completando o constante vazio que é criado logo após o sentimento causado pelo último ato de consumo. A sensação causada pelo consumo tem mais valor que o próprio bem consumido. O que é supérfluo tomou o lugar do que era comprado para equipar o lar, para o coletivo. O consumo deste hiperconsumidor é individual, pessoal, e movido pelo seu desejo de satisfação. Férias, moda, lazer e cultura tomaram um precioso espaço na vida consumista deste novo ser.

Produziu-se uma quase mutação antropológica da relação salarial, em que o operário acede a um novo registro de existência, que é o do consumo, do desejo, de uma certa forma de liberdade cuja condição social de realização é o afastamento da urgência da necessidade. O supérfluo, a moda, o lazer, as férias, tornaram-se desejos e aspirações legítimas em todos os grupos sociais. Os gostos pelos bens duráveis que favorecem a privatização da vida (televisão, automóvel) vão fazer furor. No entanto, não foi nos anos 80, mas cerca de 20 ou 25 anos antes que o universo do consumo começou a ser remodelado, em grande escala, sob o signo do indivíduo, das suas aspirações e das suas felicidades privadas. (LIPOVETSKY, 2015, p. 85).

Outro aspecto observado é a “infantilização” do mundo, tendo o indivíduo uma tendência ao fútil, ao imediatismo, ao que culturalmente hoje é facilitado. Pode-se ver isto como uma fuga às responsabilidades impostas

pelo mercado de trabalho e pela necessidade em ser bem-sucedido financeiramente. Este paradoxo é normal na vida indivíduo: um mundo pesado de assumir causa o avanço do fútil e do espetáculo-lazer como fuga.

Estas fugas, como vimos, são escapes necessários para suportar esta carga. Sem estes momentos longe da seriedade e competitividade do mercado de trabalho, nada valeria a pena. Mais que isso, estes momentos de fuga e de busca de bem-estar justificam toda esta dedicação do indivíduo na inserção do mercado.

Na era hipermoderna, eis que, confrontados com um mundo que perdeu suas bússolas e seus quadros coletivos, os indivíduos devem constituir-se a si próprios, integralmente e de maneira permanente. Fim do universo social pré-regrado: a relação com o mundo depende cada dia um pouco mais de uma cultura de hiper-responsabilização individual, tanto no trabalho como na vida privada e nas atividades cotidianas; a cultura-mundo é a do indivíduo diante de si mesmo, sem rede de proteção, obrigado a se autocriar. É precisamente para esquecer o peso da responsabilização de si mesmo ou para escapar a ela por um momento que os adultos brincam de criança. A regressão infantil funciona desde então como válvula de segurança contra o peso crescente do livre governo de si. O avanço do fútil e do espetáculo-lazer insignificante não é, paradoxalmente, mais que a face compensatória de um mundo pesado de assumir, dominado pela desorientação coletiva e subjetiva, pela batelada de possibilidades, pela pressão de carregar a si mesmo sozinho. Ele descansa da fadiga de ser adulto. (LIPOVETSKY, 2011, p. 142).

É desta forma que o homem se vê hoje, imerso ao seu mundo de consumo, buscando seu bem-estar no materialismo que ele próprio desenvolveu, transformando seu trabalho em mera ferramenta de aquisição de bens. São as rápidas sensações de felicidade que o homem busca, tornando tudo um produto, tornando tudo algo a ser consumido, para que não cessem as sensações de bem-estar que acredita ter, estas cada vez mais descartáveis e geradoras de novas necessidades de bem-estar, tudo em busca de um sentido, de uma forma de vida que o faça se sentir bem, tudo em busca de algo que ele acredita ser a sua verdadeira felicidade.

Este mundo “hipermoderno”, como afirma Lipovetsky, necessita de uma reconstrução, que já está acontecendo, mas parte apenas dos desejos subjetivos dos indivíduos. Há movimentos buscando reformular a democracia, que partem da própria lógica de consumo, mas que reanimam valores esquecidos pelo sistema capitalista. “Certos valores próprios da modernidade – os direitos humanos, por exemplo, não estão perto de cair no consumismo puro. Ao mundo do consumo também escapam também outros valores, como a preocupação com a verdade ou com o relacional” (LOPOVETSKY, 2004, p. 35). O amor também é um sentimento que foge da lucratividade, pois em um mundo que relaciona tudo ao materialismo, tornando o indivíduo um ser egoísta, o amor ainda consegue muitas vezes reinar inatingível aos valores materiais. Isto prova que de certa forma o consumo possui algumas restrições, estas que mostram um caminho para uma fuga da lógica consumista na busca pela felicidade.

Nada mais falso, portanto, do que acreditar que o consumo reine sem restrições. Da mesma forma, nada mais falso do que pensar que ele, reduzindo os indivíduos ao papel de consumidores, favoreça uma homogeneização social. O problema mais importante não é deplorar a atomização da sociedade, e sim repensar a socialização em contexto hipermoderno, quando nenhum discurso ideológico faz mais sentido e quando a desintegração social está no auge. Os átomos sociais não torcem o nariz para a ideia de reencontrar-se, comunicar-se, reagrupar-se em movimentos associativos, sendo estes marcados pelo ego-centrismo, porque a adesão é espontânea, flexível e segmentar, em todos os aspectos conforme a lógica da moda. Mas será que agrupamentos narcisistas bastarão para tornar democrática uma sociedade e promover o senso de valores quando apenas o consumo parece essencial? (LIPOVETSKY, 2004, p. 36).

A esperança de Lipovetsky está no humanismo dos indivíduos, que, mesmo em meio a um mundo totalmente baseado no consumo, conseguem ainda demonstrar certos valores e premissas de vida que correspondem aos seus reais sentimentos, abrindo mão, muitas vezes, do material em nome do ser. Amizade, amor e solidariedade, por exemplo, ainda existentes na sociedade, mostram a capacidade do ser humano de conseguir viver inerente à lógica consumista, reorganizando os valores de

sua vida, encontrando a felicidade e seu bem-estar nos sentimentos mais humanos possíveis, satisfazendo suas necessidades essenciais e naturais em busca da boa vida tão sonhada.

Considerações finais

A construção do materialismo tornou o homem dependente dos bens de consumo que ele mesmo criou. Na mesma proporção que desenvolveu tecnologias e o sistema capitalista, desenvolveu sua maior fraqueza em meio a tudo isto, sua dependência e a condição de felicidade baseada no consumismo. Passou a viver em função do capital, deixando de lado alguns valores e pressupostos existenciais básicos, mas essenciais. Perdeu-se em meio ao cenário que ele mesmo criou.

Este desenvolvimento econômico e tecnológico do ponto de vista consumista trouxe o homem a esta situação de volatilidade, de fragilidade e refém da materialidade para sua realização e bem-estar. Foram deixados de lado valores existenciais fundamentais para o real bem-viver da Humanidade. É preciso um reencontro com o ser, com sentimentos não mais tão perceptíveis e com sensações de bem-estar geradas por valores e experiências ligadas à essência da humanidade de cada indivíduo.

Trate-se de um ser naturalmente consumidor, pois tem necessidades essenciais para sobreviver. Porém, o caráter consumista de dependência o desvirtuou de muitos caminhos mais reais de sensação de felicidade. É preciso reconstruir este conceito, revendo valores e construções que se perderam ao longo do tempo. O materialismo não pode ser condição, mas sim apenas uma estrutura básica de construção da verdadeira felicidade.

Referências

BAUDRILLARD, Jean. **La sociedade de consumo: sus mitos, sus estructuras**. 2ª ed. Madrid - España: Editora Siglo XXI, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria.**

Trad. de Carlos Alberto Medeiros. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2008.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar da cultura.** Trad. de Renato Zwick. 2. ed. Porto Alegre:

Editora L&PM, 2016.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos.** Trad. de Mário Vilela. 1ª ed. São Paulo:

Editora Barcarolla, 2004.

_____. **A felicidade paradoxal.** Tradução Patrícia Xavier. Lisboa – Portugal. Edições 70,

2015.

MARX, Karl. **A ideologia alemã.** Trad. de Luis Claudio de Castro e Costa. 3. ed. São Paulo

:Editora Martins Fontes, 2007.

ROSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade**

entre os homens. Trad. de Paulo Neves. 1ª ed. Porto Alegre: Editora L&PM, 2017.

Direito à educação e a intervenção judicial brasileira a partir da teoria unitária dos direitos fundamentais

*Witan Silva Barros*¹

1 introdução

O direito à prestação jurisdicional é uma prerrogativa da sociedade brasileira garantido pela Constituição Federal, e, tem chamado atenção o crescente número de demandas judiciais envolvendo questões relacionadas aos direitos sociais de acesso à educação, sugerindo que o Estado não os disponibiliza de forma plena.

É óbvio que tais direitos devem ser zelados pelo poder público, em sua integralidade, incumbindo a todos os entes federados formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas, que visem a garantir o acesso universal e igualitário à esse direito.

As políticas públicas de educação são *a priori* de responsabilidade dos Poderes Legislativo e Executivo, contudo no que tange a primeira infância levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas –IBGE aponta que de 2002 a 2017 o acesso à creche, de crianças com idade entre 0 a 3 anos não evoluiu expressivamente, sendo que em 2017 o percentual de crianças brasileiras nessa faixa etária, e, atendidas, era de apenas 34,1% (PEREIRA, 2019). Esse levantamento foi apresentado pela

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia – UNAMA. Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia – UNAMA.

organização Todos pela Educação denominado Anuário Brasileiro da Educação Básica 2019, a qual tomou por base os dados do IBGE em Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNADC (PEREIRA, 2019)

Essas evidências mostram a violação do direito fundamental social de acesso à educação, que também contém em torno de si, a violação do direito social ao trabalho das famílias, em especial, de mulheres, que em geral, são as mais afetadas pela inobservância daquela garantia. Nesse sentido, tanto a doutrina como a jurisprudência vêm chamando atenção para a garantia do núcleo essencial, admitindo a teoria unitária dos direitos fundamentais, que em linhas gerais, apresenta-os através de uma “interligação sistêmica e dialética entre todas as espécies de direitos fundamentais, implicando comprometimento recíproco dos direitos no que se refere à efetivação” (SCHÄFER, 2005), portanto, não segmenta-os por gerações e/ou de acordo com seu conteúdo preponderante, sob pena de violação da dignidade humana.

Ao longo da evolução do Estado de Direito, os direitos sociais, assim como os econômicos e culturais receberam tratamento que os subjugava a segundo plano, sob a perspectiva das políticas públicas de implementação, sendo invocado o argumento da reserva do possível para afastar sua exigibilidade em detrimento dos direitos de liberdade.

O direito à educação fundamental está disposto na Constituição Federal de 1988 e se destaca por compor o núcleo essencial dos direitos sociais (BARCELLOS, 2002a). O Supremo Tribunal Federal ainda não delimitou o núcleo essencial dos direitos sociais, entretanto, reconhece que o direito à educação fundamental integra um catálogo mínimo dos direitos fundamentais, que o Estado não pode alegar a reserva do possível de forma indiscriminada, para dar legitimidade a sua omissão na efetivação de direitos fundamentais prestacionais.

Diante disso, este artigo tem por objetivo analisar os direitos à educação fundamental e a sua essencialidade para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, apontando para a seguinte problemática: a concretização do direito social à educação está condicionada a teoria da

reserva do possível, considerada sob a perspectiva de tratamento não-uniforme de classificação dos direitos fundamentais? No primeiro momento serão expostos os aspectos conceituais da dignidade da pessoa humana, e sua ligação com as prestações materiais básicas, que devem ser asseguradas pelo Poder Público, sem as quais a vida digna restará seriamente comprometida.

Em seguida, serão abordadas as classificações tradicionais dos direitos fundamentais, bem como, a teoria unitária que propõe a concepção principiológica dos direitos fundamentais.

Posteriormente, faremos uma exposição sobre a reserva do possível no sistema jurídico, apontando que os direitos básicos para uma vida digna têm um custo econômico para sua realização prática, e os recursos públicos são limitados. Por fim, procedemos a pesquisa empírica das jurisprudências do Supremo Tribunal Federal que trataram sobre a essencialidade do direito à educação fundamental e os parâmetros jurídicos utilizados para a concretização destes direitos sociais, que apontam para a mudança paradigmática dos direitos fundamentais ante sua natureza principiológica, referida pela teoria unitária de classificação.

O caminho metodológico utilizado para o estudo foi da pesquisa qualitativa, com a mobilização documental de legislação, doutrina e jurisprudências mais recentes do Supremo Tribunal Federal, a partir do banco de dados disponível no sítio eletrônico da corte.

2 Aspectos conceituais da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III preceitua a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Brasileira. Segundo a concepção de Alexy dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental de onde se extrai a ideia do mínimo existencial (BARCELLOS, 2002b). A dignidade da pessoa humana se amplia e protege todo o catálogo de direitos disciplinados na Constituição, que por meio da ponderação de direitos se estabelece um mínimo razoável que possa ser

contraposto, em última análise à coletividade, conforme lição de Alexy (TORRES, 2002). Sob esse aspecto, percebe-se que a proposta da dignidade da pessoa humana caminha no sentido de afastar segmentação entre os direitos fundamentais.

Sarlet com muita propriedade diz que “a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento de proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos)” (TORRES, 2002). A partir dessa premissa tem-se que a efetividade dos direitos sociais é regra de força cogente e oponível contra o Poder Público, inclusive pela via judicial, conforme se confirma pelos números apresentados ao norte.

O princípio da dignidade da pessoa humana é a mola propulsora da equiparação dos direitos fundamentais dentro de um contexto de classificação unitário, e se configura como núcleo duro, mínimo existencial, que não pode ser relativizado:

O princípio da dignidade da pessoa humana passa a ocupar um lugar de destaque, notadamente pelo fato de que, ao menos para alguns, o conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou pela circunstância de – mesmo não aceita tal identificação – se considerar que pelo menos (e sempre) o conteúdo em dignidade da pessoa em cada direito fundamental encontra-se imune a restrições. (SARLET, 2011).

Do mesmo modo, a dignidade da pessoa humana é percebida também como todas as condições mínimas de vida que garanta ao cidadão o desenvolvimento social no contexto em que se encontra, sendo, dessa forma, entendido por Amartya Sen (SEN, 2009) como direito de liberdade, vejamos:

[...] Procuramos demonstrar neste livro que o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. [...] Mas as liberdades também dependem de outros determinantes, como as disposições sociais e econômica (por exemplo, os serviços de educação e saúde)

e os direitos civis (por exemplo, a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas).

[...] Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vertir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso à água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem sociais (SEN, 2009).

A Educação ao lado do direito à saúde, ao trabalho e à assistência são os pilares sociais de qualquer sociedade, e seu acesso de modo igualitário é direito de liberdade, já que proporciona o crescimento do indivíduo e em última análise, se confunde com o desenvolvimento de uma nação. Por isso, a salvaguarda destes, inclusive na órbita judicial, é crescente.

É do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana que se extrai a ideia do mínimo existencial. Na defesa da preponderância do princípio da dignidade da pessoa humana, é importante lembrar que o princípio da separação dos poderes, bem como a competência para manipulação orçamentária não são absolutos, pois sofrem exceções previstas na própria Constituição, nem são fins em si mesmos, mas meios para o controle do poder estatal e a garantia dos direitos individuais.

3 Classificação tradicional dos direitos fundamentais: teoria geracional e teoria dualista.

As classificações tradicionais dos direitos fundamentais têm subjugado a segundo plano a importância dos direitos sociais a quando da sua implementação no plano da efetividade. A primeira classificação segmenta os direitos fundamentais por gerações, e a segunda adota a teoria dualista cindindo os direitos fundamentais a partir de seu conteúdo preponderante. Ambas as teorias estabelecem uma espécie de hierarquia, a qual em

última análise, fragilizam os direitos sociais, e com isso a própria Constituição.

A teoria que sustenta a classificação dos direitos fundamentais por gerações, estabelece o momento histórico em que cada grupo de direitos se tornou mais latente no contexto mundial, o qual está intimamente ligada à evolução do Estado de Direito. Nas lições de Viera de Andrade, os direitos fundamentais são o produto da “civilização jurídica”, portanto, dos movimentos dos juristas na direção de validar os pleitos sociais. Dessa forma, a materialização desses direitos pressupõe a organização política consolidada através do poder estatal, no sentido de que “ordene a sociedade e assegure as condições de validade e de exercício, consoante as exigências dos tempos” (SCHÄFER, 2005).

Parte-se do contexto dos estados absolutistas, onde em dado momento histórico a sociedade chegou ao consenso da necessária limitação do poder soberano caminhando ao contexto do pluralismo democrático, o qual se funda na participação direta e indireta do cidadão junto às decisões do Estado. A par desse critério, os direitos fundamentais sofrem uma tríplice classificação, conforme lição de Schäfer (2005):

a) direitos fundamentais de primeira geração; b) direitos fundamentais de segunda geração; c) direitos fundamentais de terceira geração. Para esta classificação, três elementos são essenciais: a) a relação Estado x cidadão; b) concepção política do Estado; c) espécie de direito (individual, coletivo ou difuso) considerado (SCHÄFER, 2005).

Embora seja admitido atualmente a quarta geração, para os fins desse estudo, limitaremos a classificação apenas em três gerações.

A segunda classificação tradicional dos direitos fundamentais, teoria dualista tem como premissa a investigação do núcleo essencial do direito, seu conteúdo preponderante, e a partir daí, a posição que deve ser adotada pelo Estado em favor da efetivação do direito. Nesse sentido, os direitos fundamentais foram segmentados em direitos de liberdade positivas e direitos de liberdade negativas, em que os primeiros evidenciam o papel do

Estado como prestador positivo de serviço público, de outra banda, as liberdades negativas albergam a garantia individual de fazer ou não fazer alguma coisa, mas vai mais além, pois contém em si o direito dos cidadãos de não ser submetido a interferências estatais no aspecto de sua liberdade criativa.

3.1 Teoria dos direitos geracionais.

Os direitos fundamentais de primeira geração nascem com nota característica voltada a proteção do individualismo, sendo o direito à liberdade individual elementar essencial dentro do sistema constitucional, trabalhando como uma “*forzi motrici*”, conforme preleciona Paolo Barili (SCHÄFER, 2005). Nasce a partir das lutas sociais da burguesia no contexto da idade moderna onde imperavam os estados absolutistas. A primeira dimensão se configura em prestações negativas, sendo que o direito constitucional foi pensado como mecanismo de estruturação organizacional legitimadora dos interesses civis, no sentido de proteção contra intervenções estatais perpetradas ao arpejo da lei, as quais muito comuns nesse regime de governo. Para Berti, o sentido do constitucionalismo era o de estabelecer limites à atuação do soberano, preservando uma área livre de intervenções em favor dos cidadãos (SCHÄFER, 2005). Direitos como o de propriedade, contra prisão arbitrária, respeito ao devido processo legal, são verdadeiras revoluções, por si só, dentro do contexto histórico de arbitrariedade que marcaram muitos estados absolutistas. No entanto, a atuação negativa do Estado confere a este sua não atuação. Não demanda ação realizadora, não demanda esforços institucionais na direção dos cidadãos. Em tese, o Estado fica de fora de toda a atuação dos cidadãos, cumprindo-lhe somente a mediação de conflitos.

Os direitos fundamentais de segunda geração possuem como nota característica a igualdade, e, seu nascimento situado no contexto da revolução industrial e da democratização do poder político. Segundo, Baldassarre, “a expressão *direitos sociais* não era de utilização comum no

âmbito do discurso político e jurídico, antes do advento do Estado Contemporâneo. Com a crescente industrialização, a intervenção mínima do Estado Liberal nas regras de mercado e de proteção social, houve um distanciamento abissal entre as classes sociais, separando, conforme Baldassarre “radicalmente trabalho de capital, por outro a democracia permitiu o exercício de pressões políticas dialéticas”. (SCHÄFER, 2005). Com isso o Estado saiu da condição de inércia, para a posição de poder prestacional, Estado Social, o que se chocou com o individualismo do Estado Liberal. Para Wolfgang Böckenförde “a teoria dos direitos fundamentais não tem somente um caráter negativo-delimitador, mas também devem facilitar pretensões de prestação social perante o Estado” (SCHÄFER, 2005), com a superação das desigualdades materiais. São os direitos fundamentais de segunda geração, os sociais, econômicos e culturais, em que o Estado possui forte função promocional no sentido de promover igualdade material aos cidadãos. O direito fundamental à educação está inserido no contexto das prestações positivas devidas pelo Estado em face dos cidadãos. Com isso, cumpre-lhe a intervenção direta, o esforço no sentido de oferta de estrutura material e humana suficiente ao atendimento da população, regulamentação do conteúdo, regulamentação e fiscalização de particulares que desejem prestar mesmo serviço em paralelo, entre outros modos de atuação.

Os direitos fundamentais de terceira geração foram o reflexo da crescente complexidade das relações intersubjetivas, onde os direitos individuais “não podem mais ser apreciados a partir de uma esfera absoluta de titularidade individual, pois as ações da humanidade, bem como suas consequências estão centradas na esfera do difuso, onde se mostra impossível a determinação específica das titularidades das pretensões” (SCHÄFER, 2005). Sua marca principal é a solidariedade. Proteção a valores como meio ambiente equilibrado, inversão de ônus de prova em favor de consumidor ante a presunção de sua vulnerabilidade, reparação de danos por acidentes nucleares, proteção de patrimônio histórico, os quais são apenas uns dos “novos direitos” inseridos no contexto social da

sociedade contemporânea, que não comporta um rol taxativo, fechado. A busca pela satisfação dos direitos de terceira geração, exige a regulamentação do bem-estar de uma maioria em detrimento do individualismo. Há que se ressaltar que alguns direitos de natureza prestacional também podem compor o universo de direitos de solidariedade, os direitos de terceira geração.

Em resumo, a classificação dos direitos fundamentais a partir da teoria geracional está associada ao momento histórico de onde se compreende que a reivindicação em face desses direitos se tornou mais latente, podendo ser resumidas, segundo Jairo Schäfer, da seguinte forma: “a) dimensão negativa (direitos fundamentais de primeira dimensão); b) dimensão prestacional (direitos fundamentais de segunda geração); c) dimensão difusa (direitos fundamentais de terceira dimensão)” (SCHÄFER, 2005).

3.2. Teoria dualista dos direitos fundamentais.

Cumpra preliminarmente esclarecer, em que pese a semelhança da teoria dualista com a teoria geracional, no que tange a nomenclatura dos direitos fundamentais, ambas não se coadunam tendo em vista as expectativas diversas em que estão inseridas, já que esta, a teoria geracional, tem em norte o momento histórico como fator elementar a identificação dos direitos negativos e positivos, enquanto que a teoria dualista considera o conteúdo preponderante do direito, sendo que direitos fundamentais positivos podem estar insertos no contexto histórico de qualquer época, e não somente a partir da revolução industrial como preceitua a teoria geracional, assim, como direitos negativos são exigíveis em qualquer momento histórico não havendo a suplantação de um sobre outro e/ou o surgimento de cada direito fundamental somente no momento histórico apontado em cada dimensão, conforme sugere a nomenclatura proposta pela teoria geracional. Jairo Schäfer (2005) assim preleciona:

[...] para a teoria geracional o único critério para a classificação dos direitos fundamentais é o momento histórico no qual surgiram. Já para a teoria dualista este dado – momento histórico – não é relevante, pois os direitos fundamentais são classificados de acordo com os respectivos núcleos essenciais (SCHÄFER, 2005). Falta identificar a página

Sustenta a teoria dualista dos direitos fundamentais que a partir da definição objetiva do conteúdo destes, os mesmos podem ser separados a partir da expectativa que recai sobre cada um deles, nesse sentido a cindibilidade dos direitos fundamentais justifica a nomenclatura apresentada como sendo direitos negativos e direitos positivos, conforme nos preleciona Ferrajoli, que sustenta o seguinte:

[...] a partir de uma proposição de uma tipologia objetiva, os direitos fundamentais podem ser separados tendo-se presente sua natureza de expectativas negativas (de não-lesão) ou positivas (de prestação). Os primeiros consistem em direitos negativos ou de imunidade, sendo que os segundos correspondem aos direitos positivos, isto é, expectativas de prestações por parte de terceiros. (SCHÄFER, 2005).

Assim, os direitos fundamentais, segundo a teoria dualista, devem orbitar dentro das duas categorias, direitos negativos e positivos, aliando-se a isto, a função realizadora do Estado, independentemente do contexto histórico no qual esteja inserido. A partir da necessidade de atuação ou não do Estado no sentido de dar concretude aos direitos fundamentais perante seus titulares. São direitos negativos segundo Jairo Schäfer (2005), liberdades negativas, “obrigação de abstenção da interferência na esfera pessoal por parte do Estado”. No que tange ao direito positivo ou prestacional, onde a atuação estatal é indispensável, é um elemento componente do direito, Schäfer (2005) as trata como liberdades positivas.

Robert Alexy fundamentou grandemente a concepção dualista dos direitos fundamentais, dividindo-os em dois grandes grupos: “a) direitos de defesa; b) direitos prestacionais em sentido amplo”, apontando para tanto as seguintes diferenças estruturais que evidenciam o ponto fulcral da teoria por ele defendida, a qual explanada por Jairo Schäfer, vejamos:

Ou seja, à pergunta “*qual conduta está proibida?*” que corresponde aos direitos negativos, segue-se a resposta simples “*toda e qualquer conduta que possa afetar o direito protegido*”. Ao contrário, à pergunta “*qual conduta esta ordenada?*”, que corresponde aos direitos positivos, não pode seguir a resposta “*todas as ações possíveis*”, pois o objetivo da norma é determinar ao destinatário a busca útil do resultado de proteção, sendo que esta ordenado o fim, e não os meios. (SCHÄFER, 2005).

Dentro do contexto da classificação dualista dos direitos fundamentais, a educação está inserida nos direitos positivos, prestacionais. Portanto, importa a concreção do direito, o resultado útil do mesmo, e não os caminhos trilhados para seu alcance.

4 Teoria unitária dos direitos fundamentais. concepção principiológica dos direitos fundamentais. Revolução proposta em favor dos direitos fundamentais sociais.

Os direitos sociais, assim como os econômicos e culturais, identificados pela doutrina tradicional como direitos positivos/ prestacionais, ao longo da história do Estado de Direito foram colocados em segundo plano, como direitos hierarquicamente inferiores, como evidenciam as teorias tradicionais de classificação dos direitos fundamentais. A preocupação dos teóricos em desmistificar esse paradigma vem de longe, como se nota pela fala de Piero Calamandrei, o qual aduz que o problema dos direitos sociais não é sua inclusão no catálogo constitucional, mas o “de evitar que esses direitos se transformem em meros enunciados teóricos, sem reflexos na vida prática dos titulares” (SCHÄFER, 2005). A proposta teórica unitária revoluciona esse paradigma, e tem sido de modo gradual, implementada através da atuação jurisdicional.

A concepção da teoria unitária de classificação dos direitos fundamentais preceitua que estes, indistintamente, possuem a mesma grandeza e nível de exigibilidade sob a perspectiva de favorecimento do cidadão em relação ao Estado, sendo que todos fazem parte de um conjunto sistêmico,

em que se complementam e caminham em favor da satisfação do aspecto dignidade da pessoa humana.

Foi Jorge Miranda o teórico pioneiro no sentido de buscar a sistematização doutrinária do regime jurídico aplicável aos direitos sociais, econômicos e culturais paritário ao regime de liberdades e garantias, principalmente em seu aspecto material (SCHÄFER, 2005). Sua posição pode ser sistematizada em três elementares fundamentais, conforme nos ensina Schäfer (2005):

- i) Regime jurídico geral dos Direitos Fundamentais: conjunto de princípios e regras constitucionais aplicável a todos os Direitos Fundamentais;
- ii) Regime jurídico específico dos direitos, liberdades e garantias: conjunto de princípios e regras constitucionais aplicável somente aos direitos, liberdades e garantias;
- iii) Regime jurídico específico dos direitos econômicos, sociais e culturais: conjunto de princípios e regras constitucionais aplicável somente aos direitos econômicos, sociais e culturais.

A sistematização proposta por Jairo Schäfer (2005) tem como premissas as 7 proposições desenvolvidas por Jorge Miranda, que buscam evidenciar um regime específico dos direitos sociais, tendo em vista que o tratamento não-uniforme aos direitos fundamentais, assim, como a novidade no reconhecimento dos direitos sociais e difusos, implicou na reduzida produção dogmática acerca destes.

Para tanto, Jorge Miranda as fixa e desenvolve conforme a seguir: i) Regime jurídico geral dos direitos fundamentais, onde todo o catálogo dos direitos fundamentais está inserido; ii) Eficácia imediata dos direitos fundamentais sociais, quando presentes os pressupostos de fato que possibilitem sua aplicação. Subsunção do fato à norma; iii) Eficácia horizontal dos direitos econômicos sociais e culturais, que preceitua a inexistência de hierarquia entre os direitos fundamentais; iv) Regime jurídico específico, próprio dos direitos econômicos, sociais e culturais; v) Regime jurídico específico dos direitos econômicos, sociais e culturais: reserva do possível e o mínimo existencial dos direitos econômicos, sociais e

culturais; vi) Regime jurídico específico dos direitos econômicos, sociais e culturais e o princípio da universalidade dos direitos fundamentais; vii) Regime jurídico específico dos direitos econômicos, sociais e culturais e o princípio da não retroação da concretização (SCHÄFER, 2005).

No plano jurídico brasileiro, o direito fundamental social à educação tem sido objeto de violações, muitas das quais devidamente corrigidas pela atuação do judiciário brasileiro, onde se percebe por exemplo o afastamento da reserva do possível com garantia do núcleo mínimo de proteção aos direitos prestacionais; a garantia de universalidade no acesso; sua não retroação; e eficácia horizontal em relação a todos os direitos fundamentais, sejam sociais, de liberdade, ou qualquer outro. Portanto, a aplicação da teoria unitária vem suplantando as teorias tradicionais de classificação dos direitos fundamentais, sedimentando sua efetividade, enquanto elemento pertencente ao patrimônio jurídico do cidadão.

Ao par dessas premissas, os direitos fundamentais assumem um caráter principiológico, percebendo-os de modo sistêmico e integral, no sentido de sua aplicação dentro de um contexto circunstancial para o qual todos caminham no sentido de concretização da dignidade da pessoa humana. Nesse aspecto, os direitos sociais, econômicos e culturais são implementados de modo horizontal em relação aos demais direitos fundamentais, suplantando a suposta hierarquia proposta pelas teorias tradicionais, e de onde se percebe relação de complementariedade entre todos os direitos fundamentais. Nesse sentido Schäfer (2005) assim se pronuncia acerca do caráter principiológico dos direitos fundamentais, para quem, estes devem ser compreendidos como “mandados de otimização, vale dizer, cláusulas que determinam em abstrato (prima facie), a busca da maior eficácia possível, sendo que a medida exata do devido, em concreto, vai depender das possibilidades reais e jurídicas”. Essas possibilidades reais e concretas são termômetro de aplicabilidade para todos os direitos fundamentais, e não apenas em face dos direitos prestacionais, conforme a teoria classificatória tradicional apregoa. Significa, em última análise, que na conciliação de interesses, e dadas as circunstâncias de casos

concretos, direitos negativos podem ter sua aplicabilidade suspensa em favor do exercício do direito positivo/ prestacional, e vice-versa, sem que isto represente revogabilidade da norma fundamental, mas todas concorrem em favor do atingimento do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse é o grande ganho em favor dos direitos sociais, econômicos e culturais.

A teoria unitária comporta análise mais profunda do conteúdo dos direitos fundamentais, pontuando que os direitos negativos também carregam em si aspectos de expectativas positivas, mas com prevalência dos negativos, assim, como os direitos positivos também carregam em si expectativas negativas, mas em menor grau. No entanto, o presente trabalho não ingressará na densidade doutrinária dessa temática, servindo ao presente estudo a análise teórica até aqui exposta.

5 Reserva do possível como cláusula restritiva de direitos fundamentais sociais

Quando se discute restrições aos direitos fundamentais sociais normalmente se remete a teoria da reserva do possível. Historicamente a cláusula da reserva do possível foi referida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no julgamento *Numerus Clausus I*, para limitar o número de estudantes em determinados cursos universitários devido a grande quantidade de interessados em áreas como medicina, direito, farmácia e outras. Apenas para entender o caso, estudantes de medicina que não conseguiram aprovação na universidade, contestaram a limitação com base em texto da Lei Fundamental Alemã que prevê o direito de todo alemão à livre escolha de sua profissão, seu posto de trabalho e seu centro de formação (LEIVAS, 2006).

O Tribunal Constitucional Alemão decidiu que não seria possível garantir acesso universal ao ensino superior, diante da escassez dos recursos orçamentários, recusando a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas, para atender a

todos os candidatos. Decidiu que o direito à liberdade de escolha da profissão, assegurado pelo texto constitucional alemão, não abrangia o direito irrestrito do cidadão de exigir vaga para o curso que escolhesse. Não seria razoável assegurar esse direito caso isso demandasse do Estado esforços tão intensos que implicassem em prejuízo para outros programas sociais ou políticas públicas.

A decisão distinguiu entre um direito de participar nas instituições educativas existentes e um direito à criação de novas vagas. Nesse julgamento houve a ponderação entre o direito *prima facie* de ser admitido no curso universitário, que se encontrava sob a reserva do possível e o direito à ampliação das possibilidades de formação, demandável judicialmente.

As noções acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. E, mesmo o Estado dispondo de recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável (SARLET; FIGUEREDO, 2010).

No Brasil, o argumento da reserva do possível é frequentemente suscitado em julgados que versam sobre políticas públicas de implementação de direitos fundamentais sociais. Nesses casos, o Estado busca se eximir da responsabilidade pela efetivação desses direitos, ou limitá-los, argumentando que não dispõe de recursos financeiros suficientes para tanto. Compete ao Judiciário, então, decidir se essa escassez de recursos se constitui em fator que justifica a implementação deficiente daqueles direitos sociais.

A reserva do possível como uma restrição aos direitos fundamentais pode ser analisada sob o ponto de vista da teoria interna ou da teoria externa.

De acordo com a teoria interna, a reserva do possível seria um limite imanente à norma jusfundamental. Assim, para a delimitação normativa de cada direito fundamental social, seria sempre levada em consideração

a escassez de recursos estatais, que é o fator determinante da invocação da reserva do possível.

Nas situações incluídas na esfera de proteção do direito social seria fruto de uma escolha, que estaria fora do controle de legitimidade e constitucionalidade. Por consequência, os poderes públicos encarregados de definir a destinação dos recursos orçamentários poderiam agir com grande discricionariedade, ao fazer a delimitação normativa do direito social, definindo o que está incluído dentro desses limites. Isso enfraqueceria o sistema de proteção dos direitos fundamentais (OLSEN, 2008).

Para a teoria externa das restrições a reserva do possível deve ser considerada um elemento externo à norma de direito fundamental, as prestações que estariam abrangidas por determinado direito seriam definidas no caso concreto, comparando a pretensão apresentada com os recursos materiais disponíveis. E mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade a ponderação seria passível de controle, preservando os direitos fundamentais.

A exigibilidade de um direito fundamental social poderia ser impedida pela escassez de recursos, mas, para tanto, o Judiciário, perante o qual esta exigibilidade foi reclamada, utilizará o mecanismo da ponderação, a partir da proporcionalidade, a fim de averiguar que escassez de recursos é contornável ou não, e se as razões que determinaram a escolha alocativa de recursos em prejuízo deste direito são efetivamente adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito (OLSEN, 2008).

Sendo assim a reserva do possível a partir da teoria externa, dois elementos de fundamental importância se evidenciam para a sua aplicação como limite à efetividade dos direitos fundamentais prestacionais: a ponderação e a obrigação de fundamentação. O aspecto que merece relevância é se quando o Judiciário é provocado a decidir acerca da exigibilidade de um determinado direito social, sua decisão pelo afastamento ou pela aplicação do limite da reserva do possível precisará ser racionalmente fundamentada.

No tópico seguinte do presente trabalho mostraremos os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para inaplicabilidade da reserva do possível em suas decisões.

5 A atuação do poder judiciário na concretização do direito a educação fundamental. precedentes do STF.

A judicialização traz ônus ao Estado, e os entes públicos normalmente invocam a teoria da reserva do possível, alegando questões orçamentárias e financeiras que restringem a capacidade de atuação estatal no que concerne a garantia prestacional do direito fundamental à educação. Pela teoria geracional e dualista, os direitos fundamentais são segmentados, sendo que nessa configuração os direitos sociais ficam subjugados ao segundo plano sob a perspectiva de sua exigibilidade, sendo que a reserva do possível é argumento forte no sentido de negar aplicabilidade, frente aos direitos de liberdade, discricionariedade administrativa, escassez de recursos. No entanto, o Judiciário tem se dirigido em favor da adoção da teoria unitária que preceitua que todos os direitos fundamentais são complementares entre si, e buscam como fim último a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, irrenunciáveis quanto ao seu cumprimento na órbita administrativa.

A partir da análise de decisão mais recente proferida pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao direito à educação destinado a primeira infância, direito de acesso à creche, observa-se mudança do paradigma quanto a aplicabilidade dos direitos prestacionais de modo universal, com eficácia horizontal dentro do contexto de todos os direitos fundamentais, não retroação de políticas públicas, com afastamento da reserva do possível como obstáculo a satisfação da dignidade da pessoa humana. O Recurso Extraordinário 956.475/RJ tratou do direito fundamental à educação, que destacamos:

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE MUNICIPAL. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO

PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 956.475 RIO DE JANEIRO, RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO, julgado em 12/05/2016).

Neste julgamento o ministro Celso de Mello deu provimento ao Recurso Extraordinário e restabeleceu decisão da primeira instância da Justiça do Estado do Rio de Janeiro que obrigava o Município de Volta Redonda (RJ) a matricular uma criança de quatro anos em creche pública. O ministro destacou que "a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade".

Observa-se que apesar da decisão afastar a aplicação da reserva do possível, ressaltou os casos em que há ocorrência de justo motivo objetivamente aferível. Entretanto, não deixou claro quais seriam os motivos que justificariam o afastamento da falta de recurso orçamentário e também com seriam aferidos objetivamente. No entanto, revela na ementa do acórdão a invocação da universalidade de acesso ao direito à educação, uma das premissas levantadas por Jorge Miranda, quando enuncia que “ a compreensão global do direito à educação”, e que a educação é direito fundamental indisponível. Em outro ponto de sua argumentação, o Ministro Celso de Mello infirma que a educação “só se afirmará com a expansão das

liberdades públicas, quaisquer que sejam as dimensões em que estas se projetem”, evidenciando sua eficácia horizontal em face dos demais direitos fundamentais, assim como, o caráter sistêmico, principiológico dos direitos fundamentais, proposto pela teoria unitária.

Embora a decisão não seja impositiva em relação aos atos administrativos necessários ao cumprimento do dever de garantir acesso à creche, fixa a indisponibilidade dessa garantia de modo universal, descartando a possibilidade de retrocesso.

Na decisão analisada a teoria da reserva do possível foi afastada com base em critérios definidos por seus julgadores, demonstrando que o direito à educação embora faça parte do núcleo essencial dos direitos sociais, é submetido a critério objetivo para o afastamento da teoria da reserva do possível e conseqüente efetivação do direito social através do judiciário.

6 Considerações finais

A justicialidade do direito sociais à educação parte de dois pressupostos básicos. Primeira é sua qualidade de direito subjetivo garantido pelas normas-regras estabelecidas pelo artigo 205 respectivamente entre outros, e normas-princípio do art. 6º todos da Constituição Federal, e, em segundo lugar pela transcendência normativa do princípio da dignidade da pessoa humana, que a partir da teoria unitária dos direitos fundamentais permite a complementariedade entre si dos direitos fundamentais sem distinções verticais de eficácia, promove o acesso universal à todos os direitos fundamentais, sem retrocessos, e com poder de exigibilidade imediato.

Em que pese a dignidade da pessoa humana como fundamento basilar, sua aplicação apresenta mecanismos de ponderação como forma de conciliar os interesses individuais da microjustiça em face da macrojustiça vivenciada pela sociedade, e para tanto, se busca a melhor medida para se encontrar a solução mais justa, proporcional que satisfaça minimamente possível o acesso ao direito fundamental objeto de violação.

Outrossim, a exigibilidade de cumprimento de mínimos das garantias constitucionais de educação se reveste em atuação positiva e negativa do Estado, já que lhe é dado não apenas oferecer serviços de qualidade, mas também, impedir a edição de atos legislativos, administrativos que importem em retrocesso.

A atuação estatal no sentido reivindicar a clausula da reserva do possível para negar o acesso a direitos fundamentais precisa ser analisada com cautela, caso-a-caso, e, os sistemas de controle de retrocesso e de insuficiência de serviços públicos estão em franco processo de amadurecimento social, sendo que o Poder Judiciário tem crescido em importância na instrumentalização do controle.

Dentre as matérias recorrentes nas demandas judiciais estão as alegações, por parte do cidadão, do “mínimo existencial”, ao passo que matéria de defesa dos entes públicos, via de regra, perpassa pela questão da “reserva do possível”. O direito à Educação compõe o núcleo essencial do mínimo existencial, e o seu não atendimento restaria inviabilizada a vida humana digna e com capacidade de desenvolvimento.

Por outro lado, a reserva do possível é matéria constantemente invocada pelos entes públicos que se opõem à alegação do mínimo existencial, que se refere a questões orçamentárias e financeiras que restringem a capacidade de atuação estatal no que concerne a garantia prestacional dos direitos fundamentais.

A partir da análise de decisões do Supremo Tribunal Federal observamos que a concretização do direito social à educação está sujeito a critérios objetivos para inaplicabilidade da teoria da reserva do possível, com a assunção da teoria unitária de classificação dos direitos fundamentais.

Referências

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Companhia das Letras. 2009. p.11-12.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro, 2002. p. 258.a

BARCELLOS, Ana Paula de. *O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy*. In BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11-46.b

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> acesso em 30/7/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal 2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE956475RIDeciso.pdf>> acessado em 31/7/2019.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 59-99.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 81-136.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente a reserva do possível**. Curitiba: Jurúá, 2008.

PEREIRA, T. **Anuário Brasileiro de Educação Básica 2019: os números da educação brasileira**. São Paulo: Todos pela Educação, 2019. p. 23. Disponível em: <<https://www.todospelaeducacao.org.br/uploads/posts/302.pdf>>. Acesso em 28/7/2019.

SARLET, Ingo. Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHÄFER, Jairo. Classificação dos Direitos Fundamentais do Sistema Geracional ao Sistema Unitário – uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 14-67.

TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudo de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 13-14

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org