

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS I



VI
SIACRID

SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO



ORGS.

TEÓFILO MARCELO DE ARÊA LEÃO JÚNIOR

MAURICIO DE AQUINO

©2016 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior & Mauricio de Aquino
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves
(Editor)

Vladimir Brega Filho
Coordenador Geral do Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Comissão Científica do VI SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof^a Dr^a Eliana Franco Neme (ITE/Bauru-SP)
Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidade de Múrcia - Espanha)
Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral (Toledo Prudente Centro Universitário e ITE/Bauru-SP)
Prof. Dr. Zulmar Fachin (IDCC)
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema Constitucional de Garantia de Direito I /
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior & Mauricio de
Aquino, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP,
2016. (Anais do VI Simpósio Internacional de Análise
Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-31-9

1. Sistema Constitucional de Garantia de Direito I /
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior & Mauricio de
Aquino.

CDU-342

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Direito Constitucional.
342

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

**FUNDAÇÃO
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico
e Tecnológico do Paraná

SUMÁRIO

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: OS CONSELHOS DE DIREITO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS INFANTOJUVENIS NA ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	5
Livia Carla Silva RIGÃO Milena Fernanda Manzano BRENZAN	
DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA: A BUSCA POR UM SERVIÇO PÚBLICO DE QUALIDADE À PESSOA COM DEFICIÊNCIA	32
Danielle Regina Bartelli VICENTINI Ilton Garcia da COSTA	
DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA E A LEI ROUANET	47
André Luiz de Aguiar Paulino LEITE Rafael Gomiero PITTA	
DIREITOS HUMANOS NO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE – CASO GOMES LUND E LEI DA ANISTIA	63
Vivianne RIGOLDI Archimedes DIAS NETO	
“E TUDO QUE ERA EFÊMERO SE DESFEZ”: UMA LEITURA DO COLAPSO ECONÔMICO E SOCIAL DA REPÚBLICA DE WEIMAR	81
Felipe Alves da SILVA Paulo César Leal LOPES	
FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: O LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO DE PATENTES COMO INSTRUMENTO DE INTEGRALIDADE DA POLÍTICA PÚBLICA DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA	121
João Paulo Angelo VASCONCELOS Bruno Nascimento de COUTO	
INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS: O RECONHECIMENTO DO ACESSO À INTERNET COMO DIREITO HUMANO E SUA LIMITAÇÃO PELOS ESTADOS	146
Fernando Navarro VINCE Daniela Menengoti RIBEIRO	
JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO À SAÚDE: UM DEBATE ACERCA DA LEGITIMIDADE, LIMITES DE ATUAÇÃO E IMPACTOS DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE	171
Larissa da SILVEIRA	

Jalison de Souza MANTOVANELI

O ABORTO COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA SEXUAL **189**

Caroline Lovison DORI
Renan Cauê Miranda PUGLIESI

O ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA ATRAVÉS DO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS **207**

José Augusto LEANDRO
Laressa ZAMPIERI

O CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO MORAL AOS DANOS PERPETRADOS POR ALIENAÇÃO PARENTAL **227**

Vanessa Caroline Assis CAPI
Felipe Augusto Rodrigues AMBROSIO

O CAPITALISMO NA ERA VIRTUAL E O DIREITO À PRIVACIDADE FRENTE AOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO **250**

Victoria Cássia MOZANER
Daniela Ramos Marinho GOMES

O CASO “FISCHER V. UNIVERSITY OF TEXAS” E A ADPF 186: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO USO DE AÇÕES AFIRMATIVAS NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL **269**

Henrique Miuki Koga FUJIKI

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: OS CONSELHOS DE DIREITO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS INFANTOJUVENIS NA ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Livia Carla Silva RIGÃO¹

Milena Fernanda Manzano BRENZAN²

RESUMO

O presente trabalho aborda a análise da atuação dos Conselhos de Direito, em especial, os Conselhos de Direito da Infância e Juventude, na elaboração das políticas públicas como instrumentos efetivadores de direitos fundamentais. Nesse sentido, verifica-se que, até o advento da Constituição Federal de 1988, crianças e adolescentes não eram contempladas com orçamentos públicos destinados a satisfação de suas necessidades, de maneira que somente a partir da incorporação da Doutrina da Proteção Integral é que referida classe passou a figurar como sujeitos carecedores de proteção. Com o Estado Democrático de Direito e os princípios norteadores constantes do texto constitucional em seu artigo 227, as políticas públicas representam uma opção política destinada a cumprir o fim proposto pela administração que, preferencialmente, deve coincidir com o próprio mandamento do legislador constituinte originário. As políticas públicas, portanto, devem, em última análise, visar o bem comum, motivo pelo qual a participação de diversas classes sociais nas decisões acerca de sua implementação legitimam o poder do Estado que emana diretamente do povo. Os Conselhos de Direito, nessa perspectiva, materializam o conceito de cidadania que não deve mais estar adstrito ao exercício do sufrágio, mas sim estar diretamente ligado às decisões do poder público que influem na sociedade, consagrando o ideal da democracia participativa, a qual ratifica a representatividade conferida pelos cidadãos aos seus governantes.

PALAVRAS-CHAVE: Conselhos de Direito. Democracia. Efetivação. Direitos Infantojuvenis.

ABSTRACT

This study aims to analyze the performance of the Law Councils, in particular the law of Councils for Children and Youth, in the preparation of public policies as instruments efetivadores of fundamental rights. In this sense, it appears that until the advent of the Federal Constitution of 1988, children and adolescents were not covered by public budgets to satisfy their needs, so that only the incorporation of the Integral Protection Doctrine is that such class was renumbered as protection carecedores subject. With the democratic rule of law and the guiding principles contained in the Constitution in Article 227, public policy is a policy option designed to meet the order proposed by the administration, preferably must match the very commandment of the legislature original constituent. Public policies therefore should ultimately aim at the common good, for which the participation of different social classes in

1 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) - Faculdade Estadual do Norte Pioneiro em Jacarezinho/PR. Atualmente, estagiária na área da infância e juventude pelo Núcleo de Estudos e Defesa de Direitos da Infância e Juventude - NEDDIJ - Programa de Extensão da Universidade sem Fronteiras no Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Integrante do Grupo de Pesquisa A Interferência do Estado na Vida da Pessoa Humana e conciliadora voluntário da Justiça Especializada Federal de Jacarezinho/PR.

2 Acadêmica do curso de Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP e estagiária no Núcleo de Estudos e Defesa da Infância e Juventude (Projeto de extensão da UENP) em Jacarezinho/PR.

decisions about their implementation legitimize state power that emanates directly from the people. The law advice, from this perspective, embody the concept of citizenship should not be more attached to the exercise of suffrage, but be directly linked to the decisions of government that affect the society, enshrining the ideal of participatory democracy, which ratifies the representation given by citizens to their government.

KEY-WORDS: Right Advices. Democracy. Effectuation. Childhood and youth rights.

INTRODUÇÃO

Através da presente pesquisa se busca discutir e analisar as políticas públicas na área da infância e juventude em decorrência da responsabilidade do Estado em sua implementação, que se origina diretamente da observância dos princípios constitucionais limitadores para a sua atuação.

Para atingir o objetivo proposto, o artigo se estrutura em três capítulos, de maneira que em um primeiro momento analisa-se a evolução da tutela dos direitos da infância e juventude no Brasil, demonstrando que, somente a partir da incorporação da Doutrina da Proteção Integral e a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, a atuação estatal, ao menos no âmbito legislativo, se preocupou com os direitos fundamentais daqueles que então passam a dispor da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

No segundo capítulo, por sua vez, é feita uma análise específica a respeito do sistema de garantias de direitos introduzidos pela Lei nº 8.069/90, consagrando a rede de atendimento de crianças e adolescentes cuja característica predominante consiste na descentralização administrativa em adimplir com as políticas sociais básicas.

Por fim, averigua-se a importância dos Conselhos de Direitos nas escolhas políticas do Poder Público, demonstrando que a incorporação de parte da sociedade civil na discussão e elaboração de políticas públicas consiste em prática legitimadora do poder conferido pelos cidadãos aos governantes que os representam e, portanto, suas deliberações devem possuir não um caráter recomendativo, mas sim vinculativo às escolhas da administração.

Ressalta-se que o tema se demonstra relevante na medida em que, em decorrência do comando constitucional expresso de priorizar recursos orçamentários para a efetivação de crianças e adolescentes, necessária a discussão e análise de instrumentos que visam facilitar a concretização do comando legal como, no caso, se verificam por meio dos Conselhos de Direitos.

O método empregado para a realização desta pesquisa foi o qualitativo, priorizando,

ainda, os instrumentos indutivos e descritivos, na medida em que são desenvolvidos conceitos, ideias e entendimentos baseados em dados verificados em outros documentos científicos, cujo propósito é chegar a conclusões mais amplas do que as estabelecidas por estes e pelo próprio conceito legal.

EVOLUÇÃO DA TUTELA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE NO BRASIL

O desenvolvimento da tutela dos direitos infantojuvenis no Brasil foi fruto de uma constante influência dos movimentos internacionais da época acrescida, sobretudo, da importância da formação política e social do país, que carregava consigo o anseio da emancipação e a busca de uma identidade nacional.

Crianças e adolescentes, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deixaram de pertencer à categoria de “menor”, expressão que lhes reduzia a importância como ser humano, e firmaram-se no ordenamento jurídico como sujeitos detentores de direitos, amparados pela Doutrina da Proteção Integral.

Durante o período colonial, a pouca preocupação, de cunho assistencial e asilar, destinada à infância, em especial àquela considerada pobre e abandonada, era oriunda dos próprios padres jesuítas que aqui se instalaram com a descoberta da colônia, de voluntários caridosos, casa de recolhimento e da adoção da roda dos expostos, corroborando para uma atitude inversamente proporcional a do Estado, o qual manifestava uma inexpressiva atuação. (SOUZA, 2008)

Foi então na fase imperial que o Estado passou a se preocupar em produzir políticas públicas voltadas para os infratores, menores ou maiores. É nesse contexto que as crianças e adolescentes ganharam, pela primeira vez, o cenário na história brasileira, não pela criação e aplicação de políticas que os coloquem na condição especial de pessoas em desenvolvimento, mas sim por políticas repressivas que não levavam em consideração tratamento diferenciado a estes indivíduos.

Em 1830, com a edição do Código Penal do Império, foi adotada a Teoria do Discernimento, segundo a qual os menores de 14 anos eram considerados inimputáveis. Porém, para aqueles que estivessem na faixa etária de 7 a 14 anos e contassem com discernimento para compreensão do ato, poderia ser aplicada a pena de encaminhamento para as casas de correção, podendo lá permanecer até completarem 17 anos. Vale frisar que referidas casas de correção ou instituição disciplinar industrial, dada sua escassez, muitas

vezes eram substituídas pelos próprios estabelecimentos prisionais destinados aos adultos. (AMIN, 2015)

Nesse viés, com a proclamação da República em 15 de novembro de 1889, o país ansiava por mudanças no cenário social relativo às crianças, de forma que a tênue preocupação com estes indivíduos encontrava fundamento na segurança e proteção da sociedade. Por este motivo, o Código Penal Republicano de 1890, na mesma linha do código anterior, adotou a Teoria do Discernimento para a apuração da responsabilização dos menores entre 9 e 14 anos de idade, diferenciando-se apenas no tocante à inimputabilidade penal que fora reduzida para os 9 anos de idade. (AMIN, 2015)

Com efeito, em face da preocupação com a delinquência infantojuvenil, estatuíram-se normas para menores no Brasil, as quais levaram à construção de uma Doutrina do Direito do Menor, calcada no binômio carência/delinquência e, em 1912, o Deputado João Chaves elaborou um projeto de lei, o qual instituiu tribunais e juízes de menores, uma especialização para área infantojuvenil.

Nesse ínterim, em 1927, com a criação do Código de Menores – conhecido como Código Mello Matos – através do Decreto nº 5.083/26, medidas assistencialistas e preventivas foram estabelecidas com o intuito de minimizar a criminalidade e delinquência características da infância de rua.

Nesta fase da criminalização da infância pobre, baseado no binômio carência-delinquência, o Código Mello Matos estabelecia que: “[...] crianças e adolescentes até 14 anos eram objeto de medidas punitivas com finalidade educacional. Já os jovens, entre 14 e 18 anos, eram passíveis de punição, mas com responsabilidade atenuada [...]”. (AMIN, 2015, p. 47)

Com uma perspectiva paternalista e repressora, através da junção de assistência e justiça, referido diploma legal positivou a Doutrina do Direito do Menor, que dita a necessidade de conceber estruturas institucionais especializadas para o tratamento, acolhimento e assistência dos menores privados de seus direitos e, por este motivo, marginalizados. Desta forma, configura-se um instrumento de proteção e vigilância da infância e da adolescência que teve seus direitos transgredidos em virtude da omissão do Estado e da família. (ROBERTI JUNIOR, 2012)

A ideia fundamental era reeducar aqueles que se encontravam em situação de vulnerabilidade, que ditava uma infância pobre e violenta, através da tutela e poder concedido

aos juízos de menores, os quais determinariam as sanções a serem aplicadas em virtude da prática de infrações. Neste contexto, o que se destaca é que deixam de ter as sanções caráter meramente punitivo e passam a assumir um viés educacional, ancorado na obrigatoriedade de o Estado prover a reeducação dos delinquentes. Sobre a questão, Amin (2015, p. 47) aponta considerações:

[...] foi uma lei que uniu Justiça e Assistência, união necessária para que o Juiz de Menores exercesse toda sua autoridade centralizadora, controladora e protecionista sobre a infância pobre, potencialmente perigosa. Estava construída a categoria Menor, conceito estigmatizante que acompanharia crianças e adolescentes até a Lei nº 8069, de 1990.

Percebe-se, portanto, que o Código Mello Matos, embora tenha se preocupado em inserir a reeducação e recuperação como finalidades das medidas a serem aplicadas à infância, que, à época, gozava do status de patologia social, o seu caráter impositivo e monista sobressai, na medida em que é aplicado somente àqueles que se encontravam em situação que denotava atuação estatal como forma de atenuar a criminalidade, não gozando, portanto, de universalidade e tão pouco do subjetivismo da infância e juventude.

De acordo com Rizzini:

A análise da proposta de proteção à infância tendo em vista a defesa da sociedade, revela que o discurso da educação/reeducação, a despeito da magnanimidade de muitos dos nossos reformadores, longe de construir apenas uma gesto de humanidade, na verdade, serviu de obstáculo à formação de uma consciência mais ampla de cidadania no país. Salientava-se que a criança deveria ser educada visando-se o futuro da nação; no entanto, tais palavras, transformadas em ação, revelam que, em se tratando de infância pobre, educar tinha por meta moldá-la para a submissão [...]. Foi por esta razão que o país optou pelo investimento numa política predominantemente jurídico-assistencial de atenção à infância, em detrimento de uma política nacional de educação de qualidade, ao acesso de todos. Tal opção implicou na dicotomização da infância: de um lado, a criança mantida sob os cuidados da família, para a qual estava reservada a cidadania; e do outro, o menor, mantido sob a tutela vigilante do Estado, objeto de leis, medidas filantrópicas, educativas/repressivas e programas assistenciais, e para o qual, poder-se-ia dizer com José Murilo de Carvalho, estava reservada a “estadania”. (RIZZINI, 2011, p.29)

Com o advento da Constituição da República de 1937, conforme ensinamentos de Veronese (1999), ainda sob o comando de Getúlio Vargas, de caráter pragmático social, buscou-se priorizar os interesses e direitos coletivos em detrimento dos individuais, revelando especial atenção para a defesa e proteção da saúde infantil. Notabilizou-se, aliás, por enfatizar a importância da família e por prever que deveria o Estado prover condições especiais para crianças e adolescentes, assegurando condições físicas e mentais e conforto nos casos de abandono.

Desde então, os programas sociais se tornaram integrantes das políticas de atendimento dirigidas à área infantojuvenil, com destaque para o Serviço de Assistência do Menor (SAM), criado pelo Decreto-Lei nº 3.799/4, cuja atuação possuía caráter correccional-repressivo, trazendo em seu sistema os internatos (reformatórios e casas de correção) para os jovens autores de infrações penais e ainda estabelecimentos de ensino de ofícios urbanos para menores carentes e abandonados.

Sobre o momento histórico em questão, Andrea Rodrigues Amin assim esclarece:

A tutela da infância, nesse momento histórico, caracterizava-se pelo regime de internações com a quebra dos vínculos familiares, substituídos por vínculos institucionais. O objetivo era recuperar o menor, adequando-o ao comportamento ditado pelo Estado, mesmo que o afastasse por completo da família. A preocupação era correccional e não afetiva. (AMIN, 2015, p. 47-48)

É de se notar, todavia, que o SAM não logrou êxito no desempenho de suas atribuições, seja em virtude do desvio de verbas ou a superlotação dos estabelecimentos ou, até mesmo, no ensino precário e incapaz de recuperar os infratores ou abandonados. Em resposta, a Lei nº 4.513/64 instituiu a Fundação Nacional do Bem Estar do Menor (FUNABEM), que em âmbito estadual e municipal se concretizou através da FEBEM, e cuja proposta consistia em recuperação dos jovens pela prática pedagógica, substituindo a repressão e discriminação por programas educacionais. (AMIN, 2015)

Malgrado a vigência de o Código Mello Matos ter inserido na atuação estatal um pensamento social e assistencial voltado para a infância carente, o descontentamento com os problemas, que ainda se faziam presentes, fez com que referida legislação fosse tida por arcaica e insuficiente na contenção da patologia social da infância, culminando, deste modo, com a instalação da CPMI do Menor em 1976, cujo resultado prático foi a elaboração de um novo Código de Menores, através da Lei nº 6.697/79.

Inspirado na Doutrina da Situação Irregular, que se fazia implicitamente presente no Código de Menores de 1927, o Código de 1979 elenca explicitamente situações que, se verificadas, sujeitariam a criança e o adolescente ao livre arbítrio dos juizes de menores, de tal forma que, nos dizeres de Amin (2015, p. 56): “o juiz de menores centralizava as funções jurisdicional e administrativa, muitas vezes dando forma e estruturando a rede de atendimento. Enquanto era certa a competência da Vara de Menores, pairavam indefinições sobre os limites da atuação do juiz”.

Na vigência deste código, consoante esclarece Fonseca (2015), foi a tônica a prática de internação para a infância carente ou delinquente, já que, em muitos dos casos, segregar

era tido como a única solução, inexistindo qualquer preocupação em manter o jovem em contato com sua família natural, até porque a própria família, quando omissa, ou a falta dela era considerada causa de situação irregular. Por este motivo, é que neste período foram criadas Delegacias de Polícia de Proteção ao Menor e instituições de internação onde a finalidade era diagnosticar, tratar ou abrigar.

Nesse viés, constata-se que a Doutrina da Situação Irregular não se destinava a prevenção, proteção e amparo à criança e ao adolescente, tampouco lhes assegurava direitos especiais, mas sim era restrita, taxativa e limitava-se a cuidar da população infantojuvenil que configurasse a situação de irregularidade nos moldes acima descrito, através da gestão centralizada dos juízes de menores. Para Carmello Junior (2013, p.14): “[...] Concebia-se, pois, um sistema em que era possível ao juiz restringir a liberdade de um adolescente pela singela circunstância de ser pobre ou “privado de condições essenciais de subsistência”.

É por este motivo que o Código de 1979, por vezes, era considerado o Código Penal dos Menores, devido de discriminação, violência e repressão, de verdadeira omissão em relação à garantia de direitos fundamentais, em especial quando se trata de criança e adolescente, sem qualquer segmento das garantias processuais penais relacionadas ao devido processo legal e contraditório.

A respeito da infância que se delineava, ressalta-se:

Aí, era o momento de configurar a irregularidade, que nunca era das instituições, mas sempre recaía sobre a criança, pela própria previsão ordenada no sistema jurídico ou pela condição de fragilidade que a submetia as imposições adultas produzindo o paradoxo da reprodução da exclusão integral pela via da inclusão na condição de objeto de repressão. (CUSTÓDIO, 2008, p. 25)

Denota-se, pelo exposto, que o Código de Menores de 1979 e sua vertente da Doutrina da Situação irregular criam estereótipos para a infância, de modo a estigmatizar aqueles indivíduos que, muitas das vezes, por sua própria baixa condição econômica recaíam no status de situação de risco. Paralelamente a isso, criou-se a judicialização da infância, concebendo o mesmo tratamento, a critério do juiz de menores, àqueles que cometiam ato infracional ou àqueles que eram abandonados por sua família.

Assim sendo, em virtude das grandes manifestações na defesa da criação de novas normas regulamentadoras dos direitos e deveres dos infantes, transparece, na década de 1980, a exaustão da Doutrina da Situação Irregular e da Política Nacional do Bem-Estar do Menor que foram substituídas pela atual Doutrina da Proteção Integral, capaz de abarcar o real significado dos direitos infantojuvenis.

Esclarece Fonseca (2015) que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, no ano de 1988, elaborada sob forte influência dos movimentos “Comissão Criança e Constituinte” e “Fórum Nacional de Defesa de Direitos das Crianças e dos Adolescentes”, veio à tona a denominada Doutrina da Proteção Integral, como dimensão da proteção e efetivação não só dos direitos fundamentais comum a qualquer cidadão e, agora, estendidos para a classe da infância, como também em relação àqueles direitos especiais cuja titularidade é exclusiva de pessoas que se encontram em fase de desenvolvimento.

A Doutrina da Proteção Integral consubstancia a conquista de crianças e adolescentes como sujeitos de direito, ou seja, passam a ser detentores de direitos juridicamente protegidos. Ou, ainda, pode-se dizer que introduz a ideia de que crianças e adolescentes passam a ser sujeitos de direitos a terem direitos. E ainda mais: passa a considerar a infância como fase especial do processo de desenvolvimento de um ser humano, implicando a prioridade absoluta no atendimento aos direitos a ela relativo.

Nos dizeres de Maurício Gonçalves Saliba (2006, p.27):

Os princípios gerais da nova concepção de proteção integral compreendem que não são as crianças ou os adolescentes que estão em situação irregular, e sim as condições de vida que estão submetidos. A criança e o adolescente são considerados pessoas em desenvolvimento. Essa condição peculiar coloca aos agentes envolvidos na operacionalização das medidas a eles destinadas a missão de proteger e de garantir o conjunto de direitos e educar, oportunizando a inserção do adolescente na vida social. Sua condição de sujeito de direitos implica necessidade de participação nas decisões de qualquer medida a seu respeito.

Destarte, com o advento da referida Constituição Cidadã, houve uma verdadeira ruptura de paradigma na seara infantil, de tal modo que não havia mais espaço para a aplicação da doutrina do direito do menor (Doutrina da Situação Irregular), colocando, agora, sob a égide da irregularidade, os pais quando do descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar ou o Estado quando negligente em relação à promoção das políticas sociais básicas.

Para além das inovações introduzidas no direito da criança e do adolescente, a Constituição de 1988 representou uma opção política e jurídica capaz de concretizar um novo direito embasado na concepção de democracia. De acordo com Costa e Hermany (2006, p. 1168):

[...] foi possível a incorporação dos novos ideais culturais surgidos na sociedade, implementando, ao menos formalmente, a democracia participativa. A proposta é de que a descentralização e democratização caminhem conjuntamente, a fim de garantir a formulação de políticas públicas eficazes, que respondam satisfatoriamente aos anseios da população e que sejam capazes de prevenir e combater a tão propalada exclusão social [...].

Desta forma, estabelece o art. 227, CF/88, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, com absoluta prioridade, à criança e ao adolescente um sistema de proteção especial de direitos capaz de proteger e promover a cidadania destes indivíduos, colocando-os a salvo de toda forma de discriminação, negligência, violência, crueldade ou opressão.

Outrossim, a partir da introdução da referida doutrina no ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se a adoção da desjudicialização da infância, não mais prevalecendo as práticas de caráter administrativo. Houve mudanças na gestão do fornecimento de políticas públicas para a infância com conseqüente descentralização político-administrativa e democratização na efetivação de seus direitos. Trata-se de uma doutrina pragmática que insere responsabilização solidária entre os entes descritos no art. 227, caput, CF/88 frente à eventual omissão no cumprimento do mandamento legal.

Nesse contexto:

O reconhecimento dos direitos fundamentais à criança e ao adolescente trouxe consigo o princípio da universalização, segundo o qual os direitos do catálogo são susceptíveis de reivindicação e efetivação para todas as crianças e adolescentes. No entanto, a universalização dos direitos sociais como àqueles que dependem de uma prestação positiva por parte do Estado, também exige uma postura pró-ativa dos beneficiários nos processos de reivindicação e construção de políticas públicas. É nesse sentido que o Direito da Criança e do Adolescente encontra seu caráter jurídico-garantista, segundo o qual a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, transformá-los em realidade. (CUSTÓDIO, 2008, p. 32-33)

Todavia, com a intenção de garantir efetividade à Doutrina da Proteção Integral que, ainda que expressamente prevista na Carta Magna, não esmiuçou de que maneira deveria ser implementada, podendo, com isso, revestir-se tão somente de norma constitucional programática, foi elaborado o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90 – através do qual se cria:

[...] um conjunto de medidas governamentais aos três entes federativos, por meio de políticas sociais básicas, políticas e programas de assistência social, serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos e abuso, e proteção jurídico social por entidades da sociedade civil. (AMIN, 2015, p. 57)

O ECA pode ser considerado uma lei-revolução no momento em que rompe com o conservadorismo inadequado do menorismo (Doutrina da Situação Irregular), bem como oportuniza inovadoras formas de concretizar as políticas públicas de atendimento à infância e

à adolescência.

Isto posto, consoante Roberto Diniz Saut (2007), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), através de seus três sistemas de garantias de direitos, configura a operacionalização da Doutrina da Proteção Integral, abrangendo diretrizes constitucionais e rede de garantias, em especial por aplicação do princípio da municipalização, descentralização e participação e controle por todo o corpo social.

Ressalta-se que esse tríptico sistema de prevenção primárias (fornecimento de direitos fundamentais mínimos), prevenção secundária (medidas de proteção) e prevenção terciária (medidas socioeducativas) devem operar harmonicamente, devendo cada um ser acionado na medida em que se faz necessário. Assim quando se esvaier as possibilidades do primeiro sistema, recorre-se ao segunda em que o grande operador será o Conselho Tutelar. Ao passo que, estando o adolescente em conflito com a lei, aplicar-se-á o terceiro sistema socioeducativo que será operacionalizado pelo Sistema de Justiça.

Fundamentalmente, de acordo com esclarecimentos de Carlos Alberto Carmello Junior (2013), o Sistema Primário corresponde aos direitos pertencentes às crianças e adolescentes, destacando-se, entre eles: o direito à convivência familiar, o direito à saúde e à vida, à liberdade, respeito e dignidade, o direito á cultura e ao lazer, à profissionalização e proteção do trabalho, entre outros.

Por sua vez, os Sistemas Secundários e Terciários constituem as políticas públicas de atendimento para a infância, diferenciando-se no tocante a finalidade das medidas em cada um previstos. No segundo sistema, encontram-se descritas as medias de proteção àqueles que se encontrarem em situação de risco pessoal ou social, encarregando a própria legislação estatutária de as definir. Já no terceiro e último sistema, ao qual, em tese, deveria ter utilização reduzida, estão contidas as medidas de reeducação a que podem se submeter os adolescentes quando da pratica do ato infracional.

Em vista do exposto, consigna-se que de assaz importância foi a promulgação da Constituição de 1988, que adotou a Doutrina da Proteção Integral, e a posterior criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, haja vista que constituem instrumentos jurídicos que visam, em última análise, não só a edificação da conquista de direitos pelos infantes, mas também a concretização dos fundamentos da República do Brasil que se externam pela dignidade da pessoa humana e nos valores de cidadania.

A REDE DE ATUAÇÃO E GARANTIAS DE DIREITOS INTRODUZIDOS PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Através do que anteriormente foi exposto, pode-se conceber o Estatuto da Criança e do Adolescente como uma lei que incorpora oportunidade de viabilizar a Doutrina da Proteção Integral, que almeja, acima de tudo, a transformação social através da superação da exclusão dos direitos infantojuvenis. É, portanto, uma lei proposta de cunho pedagógico, na medida em que visa assegurar mecanismos de efetivação de políticas básicas ou de políticas de reeducação.

Salienta-se que:

O Estatuto estabelece, como lei-proposta, que os direitos da criança e do adolescente, declarados e próprios do ser humano, não podem ficar apenas no declarado, mas devem integrar e concretizar o direito subjetivo do sujeito de direito, a criança e o adolescente, com absoluta prioridade, sem a relativização desses direitos pela omissão ou pela ação de desrespeito. Para tanto, pode-se ver que o ECA tem intrinsecamente uma metodologia operativo-responsabilizadora, ou em outros termos, o como fazer acontecer, e por quem, os direitos da proteção integral. (SAUT, 2007, p. 61)

É a partir desta visão que o Estatuto em voga, em respeito ao já estabelecido pelo art. 227, §7º, CF/88, contempla a rede de atendimento para a garantia dos direitos dos infantes, baseada nas atuações institucionais público-comunitária.

Disso decorre expressa consonância com o dever, constitucionalmente previsto, da família, sociedade e Estado em promover os direitos básicos desta classe, na medida em que além de sujeitos ativos na efetivação dos direitos, passam agora a integralizar a política de gestão e elaboração das ações a esse fim destinado.

Para Patrícia Silveira Tavares (2015, p. 405):

[...] o Sistema de Garantias de Direitos (SGD), é compreendido como o conjunto de elementos – órgãos, entidades, programas e serviços – que, sinergicamente, é capaz de tornar efetiva a Doutrina da Proteção Integral, garantindo a todas as crianças e adolescentes os direitos previstos em lei [...].

Ainda sobre o Sistema de Garantias de Direitos, determinam os arts. 1º e 2º da Resolução nº 113/06 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA):

Art. 1º O Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente constitui-se na articulação e integração das instâncias públicas governamentais e da sociedade civil, na aplicação de instrumentos normativos e no funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, nos níveis Federal, Estadual, Distrital e Municipal.

1º Esse Sistema articular-se-á com todos os sistemas nacionais de operacionalização de políticas públicas, especialmente nas áreas da saúde, educação, assistência social, trabalho, segurança pública, planejamento, orçamentária, relações exteriores e promoção da igualdade e valorização da diversidade.

2º Igualmente, articular-se-á, na forma das normas nacionais e internacionais, com os sistemas congêneres de promoção, defesa e controle da efetivação dos direitos humanos, de nível interamericano e internacional, buscando assistência técnico-financeira e respaldo político, junto às agências e organismos que desenvolvem seus programas no país.

Art. 2º Compete ao Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente promover, defender e controlar a efetivação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, coletivos e difusos, em sua integralidade, em favor de todas as crianças e adolescentes, de modo que sejam reconhecidos e respeitados como sujeitos de direitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento; colocando-os a salvo de ameaças e violações a quaisquer de seus direitos, além de garantir a apuração e reparação dessas ameaças e violações.

1º O Sistema procurará enfrentar os atuais níveis de desigualdades e iniquidades, que se manifestam nas discriminações, explorações e violências, baseadas em razões de classe social, gênero, raça/etnia, orientação sexual, deficiência e localidade geográfica, que dificultam significativamente a realização plena dos direitos humanos de crianças e adolescentes, consagrados nos instrumentos normativos nacionais e internacionais, próprios.

2º Este Sistema fomentará a integração do princípio do interesse superior da criança e do adolescente nos processos de elaboração e execução de atos legislativos, políticas, programas e ações públicas, bem como nas decisões judiciais e administrativas que afetem crianças e adolescentes.

3º Este Sistema promoverá estudos e pesquisas, processos de formação de recursos humanos dirigidos aos operadores dele próprio, assim como a mobilização do público em geral sobre a efetivação do princípio da prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente.

4º O Sistema procurará assegurar que as opiniões das crianças e dos

adolescentes sejam levadas em devida consideração, em todos os processos que lhes digam respeito.

Pelo exposto, fundamental perceber que a atuação em rede na promoção e efetivação de direitos, proposta pelo ECA, evidencia a descentralização político-administrativa e a participação popular, na medida em que distribui o poder de elaborar e executar as políticas de atendimento entre todos os entes da federação (União, Estados e Municípios), e institui papel fiscalizador e contributivo à sociedade, que por meio da participação em órgãos representativos, deliberativos e consultivos pode auxiliar na consecução dos direitos da infância. (CARMELLO JUNIOR, 2015)

Dada a inovação de cooperação introduzida pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ressalta-se que:

A nova organização político-administrativa instituída pela Constituição de 1988 fez que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios passassem de coadjuvantes a protagonistas na fixação das ações que visam satisfazer as necessidades da população infantojuvenil, permitindo, dessa forma, o atendimento das demandas de casa localidade. (TAVARES, 2015, p. 407)

A partir do artigo 87 do Estatuto da Criança e do Adolescente estão previstas ações e instruções que se consubstanciam nos modelos de realização das políticas de atendimento a serem seguidos por todos aqueles que convergem para a sua promoção, sob pena de sofrerem a respectiva ação de responsabilidade a que faz alusão o art. 208 da norma estatutária em casos de não implementação ou ainda de implementação deficitária.

Desta forma, consoante o mesmo autor, o mínimo para a construção das políticas de atendimento, determinado pelo legislador, são as políticas sociais básicas que envolvem a edificação dos direitos fundamentais, programas de assistência social de caráter supletivo para atender àqueles que estão em vulnerabilidade, ações específicas voltadas para a saúde, prática de ato infracional e atendimento às famílias e que devem ser coordenadas com os respectivos Sistemas de Garantias de Direitos, a saber SUS, SUAS e SINASE, e, por fim, políticas destinadas a prevenção e redução do afastamento do convívio familiar, estimulando a guarda e a adoção como formas de acolhimento.

Por conseguinte, o Estatuto tratou de delinear, em seu art. 88, as diretrizes necessárias para o desenvolvimento das políticas de atendimento, o que pode ser compreendido como um conjunto de instruções a facilitar a própria execução dos objetivos destacados no artigo anterior do mesmo estatuto.

Dentre referidas diretrizes, a de maior relevância e incidência no que diz respeito à

concretização de políticas para a infância, é a municipalização do atendimento que surge em concordância com a descentralização político-administrativa constante da Constituição de 1988. Para Tavares (2015, p. 414):

Municipalizar o atendimento consiste em confirmar o poder de decisão – e, conseqüentemente, a responsabilidade – do Município e da comunidade na estruturação da política de atendimento local. Não significa, logicamente, exonerar os demais entes federativos de qualquer obrigação em relação ao setor infantojuvenil; à União e aos Estados compete a coordenação e a complementação da política de atendimento naquilo que ultrapassar as possibilidades dos Municípios.

No mesmo sentido, Felício Pontes Junior (1993, p.14) apud Patrícia Silveira Tavares (2015, p. 415):

A União não pode, de forma alguma, elaborar e executar programas que visem ao atendimento dos direitos infantojuvenis sob pena de ferir o princípio constitucional da descentralização político-administrativa e o princípio estatutário da municipalização. Constata-se, assim, que a função primordial atribuída à União não está na elaboração e execução de projetos que visem ao atendimento dos direitos das crianças e dos adolescentes, e sim no repasse dos recursos técnicos e financeiros aos Estados e municípios, os quais formularão a política social para a infanto-adolescência por meio dos respectivos Conselhos de Direitos.

É nesse contexto que o Estatuto discorre sobre as demais diretrizes para a política de atendimento, dentre elas, a criação de Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, órgãos que devem ser verificados em todos os níveis da federação e que possuem como função deliberar e controlar as ações para a execução da política de atendimento. Não se pode deixar de mencionar que referidos conselhos traduzem, de forma assaz, a noção de democracia participativa, uma vez que parte de sua composição se dará por meio de membros da sociedade.

Ainda que o tema referente à concretização da democracia participativa por meio dos Conselhos de Direitos seja assunto específico a ser trabalhado no próximo capítulo deste trabalho, necessário esclarecer que a inclusão do termo “participação” dentro do direito da infância reflete justamente a insatisfação do sistema unicamente representativo no que tange aos anseios da sociedade, ensejando legitimidade das decisões ao adotar membros da sociedade civil como integrantes de gestores de políticas públicas.

Conforme constitucionalmente previsto no art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988: “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou, diretamente, nos termos desta Constituição”. Por este motivo, invocar a democracia participativa é conceber que a cidadania não se restringe ao exercício do voto e nos dizeres de José Afonso da Silva (2013, p. 143): “[...] caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos do governo”.

É nesse sentido que se manifesta Fernando de Brito Alves (2013, p. 295):

[...] para a realização de projetos contemporâneos de democracia, é mister que haja uma reserva clara de poder do povo. Se todo ele é alienado nas dinâmicas dos processos de representação, ou se o povo/multidão/bando dele é alijado pelas perversas dinâmicas de exploração do capitalismo, a aporia da democracia desnatura-se em devaneios metafísicos mais abstratos que o reino dos céus ou o Estado comunista.

Nesse sentido, a democracia participativa, inserida no âmbito do direito infantojuvenil, contribui para que haja uma institucionalização do diálogo entre sociedade e governo como mecanismo de alcance de maior efetividade para a destinação dos recursos públicos.

Outrossim, mais uma diretriz que compõe o rol do art. 88, ECA é a criação e manutenção de programas específicos que podem possuir natureza protetiva ou socioeducativa e que visam atender situações peculiares das crianças e adolescentes. Não obstante, também constitui diretriz à política de atendimento a integração operacional dos órgãos responsáveis pelo atendimento do adolescente infrator, bem como a integração dos órgãos constitutivos do sistema de justiça quando se tratar de políticas relacionadas ao acolhimento familiar ou institucional e, ainda, a mobilização da opinião pública por meio de diversos segmentos. Por fim, a criação de Fundos Nacional, Estadual e Municipal, vinculados aos respectivos Conselhos de Direitos, cujo propósito é arrecadar recursos financeiros a serem destinados na área infantojuvenil. (TAVARES, 2015)

Vê-se, pelo exposto, que com o advento da Constituição Federal de 1988, em especial a redação do art. 227, crianças e adolescentes passam a vislumbrar direitos fundamentais, vez que promove-los é tarefa não só da família, como da sociedade e do Estado que se tornam corresponsáveis na tarefa de sua efetivação.

É nesse sentido que o Estatuto da Criança e do Adolescente rompeu frontalmente com os parâmetros anteriormente vigentes, principalmente ao incorporar os sistemas de garantias de direitos. Através destes, definiu-se a prática de formulação e execução das

políticas públicas infantojuvenis, resguardando aos Conselhos de Direitos papel fundamental na gestão do atendimento destinado à infância, inserindo a sociedade civil em espaços de decisão não dependentes exclusivamente daqueles eleitos pelo sufrágio. Pode-se afirmar, portanto, que constituem verdadeira representação do novo modelo de democracia participativa.

A ATUAÇÃO EM REDE DOS CONSELHOS DE PROTEÇÃO À INFÂNCIA COMO MECANISMO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

O modelo de Estado Social de Direitos, assumido pelo Brasil com a Constituição da República de 1988, inaugurou o caráter programático e dirigente das normas legais, na medida em que delineiam objetivos a serem perseguidos pela Administração Pública quando de sua atuação. Nesse sentido, através das esferas de poder estatal, em especial, o poder executivo, é que se vislumbra o principal meio de concretização dos desígnios constitucionais como também infraconstitucionais.

Por assim dizer, de acordo com Bucci (2006, p. 241) “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

Através desta perspectiva de definição, verifica-se uma correlata correspondência entre o modelo de Constituição programático-dirigente e a efetivação no plano material, pela Administração Pública, dos ditames previamente definidos através da elaboração das políticas públicas.

Segundo o mesmo autor: “[...] o enfoque das políticas públicas destaca o papel da administração na “determinação e conformação” material das leis e das decisões políticas a serem executadas no nível administrativo”. (BUCCI, 2006, p. 248-249)

Esclarece no mesmo sentido Eros Roberto Grau (2008, p. 22), ao identificar que as políticas públicas são programas de ação que legitimam o Estado Social de Direito:

O Estado social legitima-se, antes de tudo, pela realização de políticas, isto é, programa de ação; [...] essas políticas, contudo, não se reduzem à categoria das políticas econômicas; englobam, de modo mais amplo, todo o conjunto de atuações estatais no campo social (políticas sociais). A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.

Por intermédio das políticas públicas, portanto, o Estado legitima sua atuação e existência, ultimando seus objetivos delineados pela Carta Magna, dentre eles expressos não só a ideia de desenvolvimento nacional, ligada diretamente com as políticas financeiras, mas também a promoção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Em seus ensinamentos a respeito do conceito de políticas públicas, Canotilho (1988) não só as concebe como complexo de atos do Estado, como também introduz a participação de demais entes, não necessariamente pertencentes ao poder público, inclusive a própria população, como necessários ao processo de elaboração e implementação. Nesse sentido:

[...] consiste política de solidariedade social o conjunto de dinâmicas político-sociais através das quais a comunidade política (Estado, organizações sociais, instituições particulares de solidariedade social e, agora, a Comunidade Européia) gera, cria e implementa protecções institucionalizadas no âmbito econômico, social e cultural como, por exemplo, o sistema de segurança social, o sistema de pensões de velhice e invalidez, o sistema de creches e jardins-de-infância, o sistema de apoio à terceira idade; o sistema de protecção da juventude [...]. (CANOTILHO, 2001, p. 470-491)

Corroborando com as ideias e conceitos acima expostos, necessária a desvinculação do termo “política” da atividade partidária, já que a expressão aqui empregada conota um sentido mais amplo, consistente em atividade de organização e conhecimento do poder, que possibilita a concretização de ações pelos membros do Executivo e Legislativo.

Nesse diapasão, merece destaque o pensamento de Maria Paula Dallari Bucci:

As políticas são instrumentos de ação dos governos – o government by policies que desenvolve e aprimora o government by law. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da ideia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas. As políticas são uma evolução em relação à ideia de lei em sentido formal, assim como esta foi uma evolução em relação ao government by men, anterior ao constitucionalismo. E é por isso que se entende que o aspecto funcional inovador de qualquer modelo de estruturação do poder político caberá justamente às políticas públicas (BUCCI, 2006, p. 252).

Pelo exposto, constata-se que as políticas públicas encontram vinculação direta aos núcleos constitucionais de delimitação de direitos fundamentais, de maneira a existir uma congruência entre a conduta a ser adotada pelo Poder Público e o disposto na Constituição Federal.

Ademais, a política somente é considerada pública quando contempla o interesse público, ou seja, da coletividade. Contudo, conforme afirma Bucci (2006, p. 269): “uma política pública também deve ser expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a manifestação clara e transparente das posições em jogo”.

Nesse contexto, especificamente, que se inserem as políticas públicas destinadas aos direitos de crianças e adolescentes que possuem, pelo ordenamento que os protege, prioridade absoluta e proteção integral, princípios orientadores das ações estatais e que serão objeto de análise nesta pesquisa.

Consoante os instrumentos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, as políticas públicas, em respeito ao seu novo procedimento de formulação, consagra a democracia participativa que, nos dizeres de Canotilho (2001, p. 286) compreende: “[...] a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle político nas divergências de opiniões, produzir inputs democráticos”.

Se antes o conceito de cidadão abarcava apenas o poder de escolha dos dirigentes do Estado, por meio do voto, agora a cidadania reflete a necessidade de participação naquilo que interfere no cidadão. Vislumbra-se, portanto, que a previsão de instrumentos de participação popular em apoio a uma democracia essencialmente representativa legitima a atuação estatal e consagra o Princípio da Soberania Popular.

A promulgação da Constituição da República e, posteriormente, o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme já exposto, implantou um novo cenário jurídico para os direitos da infância e juventude, o qual, especificamente em relação aos atos do poder público, introduziu uma relação de interdependência das políticas públicas como os modelos de gestão descentralizados.

Por intermédio dos Conselhos de Proteção à Infância ou, ainda, Conselhos de Direito materializou-se a participação da população na formulação das políticas e no controle das ações em todos os âmbitos da federação. A definição de Patrícia Silveira Tavares assim esclarece:

Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente são órgãos públicos, imbuídos da missão institucional de exercer, politicamente, as opções relacionadas ao atendimento da população infantojuvenil; exercem atividade administrativa de governo, distinguindo-se, no entanto, dos demais órgãos que compõem a Administração Pública, na medida em que, mesmos despidos de personalidade jurídica própria, possuem independência e autonomia em relação à chefia do Poder Executivo. (TAVARES, 2015, p. 465)

Deste modo, pode-se concluir que os conselhos de direitos são órgãos colegiados de composição paritária, ou seja, a formação se dá em número idêntico de representantes do governo e da sociedade civil, criados por lei de iniciativa do Poder Executivo, em respeito ao disposto no art. 61, §1º, II, e, da Constituição Federal de 1988, artigo de repetição obrigatória

nas esferas estaduais e municipais.

Ainda, a própria criação dos Conselhos de Direitos denota-se obrigatórias quando sua previsão constar da Constituição Federal ou de Lei específica, já que, nesse sentido, pressupõe a ocorrência de repasses de recursos públicos. (ALVES, 2013)

Os conselhos de direitos representam, em contrapartida, o Poder Executivo no exercício de sua tarefa de gestão dos interesses da coletividade, conjuntamente com representantes diretos da população que o integram e que, nessa qualidade, se equiparam aos agentes públicos (TAVARES, 2015)

A essa concepção, é possível agregar o entendimento do autor Felício Pontes Junior (1993) que entende os conselhos de direitos sobre duas perspectivas:

Do ponto de vista dos direitos infanto-juvenis, trata-se de uma das respostas encontradas para assegurar, em última análise, a proteção integral a crianças e adolescentes no Brasil; - do ponto de vista participativo, é o instituto jurídico-político realizador de uma modalidade do direito de participação política que exerce efetivo controle sobre os atos governamentais das políticas para a infantoadolescência. (PONTES JUNIOR, 1993, p. 14)

Através desse entendimento – conceber os conselhos de direito como instrumento de participação popular – pode-se afirmar que sua grande diferença em relação aos meios de participação ordinariamente previstos na Constituição, como plebiscito e referendo, reside em seu caráter permanente e sua finalidade específica de participar das políticas de atendimento infantojuvenil.

A participação popular na gestão de políticas públicas, de acordo com o entendimento de Fernando de Brito Alves (2013), implica algumas consequências como a transparência das deliberações, o aumento da visibilidade das necessidades sociais, gerando a aplicação da igualdade e equidade na elaboração das políticas públicas, bem como o próprio exercício das ações estatais sob o prisma do interesse público.

Não obstante as finalidades já previamente determinadas pelo art. 88, II, ECA, pode a lei que instituir os Conselhos de Direitos, além de estabelecer os seus critérios de funcionamento, aumentar sua esfera de atuação. Entretanto, em relação à sua principal finalidade que, muitas das vezes, se confunde com o próprio objetivo institucional, é necessário tecer alguns comentários.

Conforme ensinamentos de Tavares (2015), o legislador intencionalmente se utilizou da expressão “deliberar sobre as políticas de atendimento”, já que, através de uma

interpretação sistêmica, percebe-se que os Conselhos de Direito tanto discutem como também definem, politicamente, as escolhas pertencentes ao atendimento dos direitos da infância e juventude.

Pesquisa realizada pelo IBGE, divulgada em reportagem da Gazeta Mercantil no ano de 2001, mencionada por Eduardo Granha Magalhães Gomes (2003, p. 40), constata que:

[...] participando da gestão de boa parte das políticas públicas, desde saúde e educação até turismo e meio-ambiente, vinculados ou não ao repasse de recursos federais, os conselhos chegam a ser vistos como um “poder paralelo”, além dos clássicos poderes legislativo, executivo e judiciário. A alta proporção de conselhos deliberativos sugere este poder: 82% dos conselhos de saúde, 78% dos de educação e 73% dos de criança e adolescentes são deliberativos.

E, ainda mais, por constituir ato de deliberação um ato administrativo típico dos órgãos colegiados, é passível de se afirmar que as decisões dos Conselhos de Direito se confundem com as próprias decisões da Administração Pública.

Sobre a mesma percepção, segue a lição de Liberati e Cyrino:

Na medida em que a Constituição exigiu a estruturação de órgãos descentralizados, com a participação popular, para a formulação e controle das políticas públicas, uma vez criados por lei estes órgãos, suas decisões serão verdadeiras manifestações estatais, “de mérito”, “opções políticas criativas” adotadas por um órgão público visando o interesse público. Desta forma, ocorre uma transferência do locus onde se dará a escolha ou opção política – a discricionariedade administrativa – que deixa atividade exclusiva do Chefe do Executivo, passando para uma instância colegiada, fazendo com que o ato administrativo se torne um ato complexo, sujeito a múltiplas vontades, as quais serão depois sintetizadas em um único ato (resolução) exteriorizado como vontade da administração ou vontade estatal.

Pelo exposto, não resta alternativa ao Poder Executivo senão acolher a decisão colegiada tomada pelos Conselhos de Proteção à Infância, de maneira a lhes serem proibidas qualquer atitude que impeça sua execução, sob pena de o Chefe do Poder Executivo responder administrativamente ou criminalmente, a depender da situação em concreto.

O caráter cogente e não recomendativo das deliberações do Conselho de Direitos foi, inclusive, objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do Recurso Especial 493.811-SP através da Ministra Relatora Eliana Calmon, assim fundamentou parte de sua decisão ao determinar que o município de Santos implantasse programas para atendimento de crianças e adolescentes viciados em substância entorpecentes, conforme já havia determinado o Conselho Municipal dos Direitos:

A Constituição Federal de 1988 revolucionou o Direito Administrativo brasileiro, ao substituir o modelo de Estado liberal, traçado na Era Vargas, para o Estado social e democrático de direito.

No primeiro, o Estado distanciava-se da vida social, econômica e religiosa dos

indivíduos, mantendo-os independentes em relação a ele, que estava presente para garantir-lhes essa independência, interferindo minimamente e deixando que a sociedade seguisse, como ordem espontânea dotada de racionalidade imanente.

Mas o novo modelo emancipou a sociedade em relação ao Estado, reaproximando-os. Daí o surgimento das políticas intervencionistas, como contraponto de uma sociedade que se politiza.

As transformações no modo de atuar do Estado, alteraram a estrutura da sociedade, acarretando a diluição dos limites entre o Estado e sociedade, vinculados por um número crescente de inter-relações. No dizer de Bobbio, "o Estado e a sociedade atuam como dois momentos necessários, separados, mas contíguos, distintos, mas interdependentes do sistema social em sua complexidade e articulação interna".

O novo modelo ensejou a multiplicação de modos de solução de problemas, mediante negociações, acordos, protocolos de intenções. Esse intrincamento de vínculos torna impossível a previsão, em normas legais, de todas as diretrizes de conduta a serem observadas e de soluções a serem adotadas.

Essa digressão sociológica é importante para direcionar o raciocínio de que não é mais possível dizer, como no passado foi dito, inclusive por mim mesma, que o Judiciário não pode imiscuir-se na conveniência e oportunidade do ato administrativo, adentrando-se na discricionariedade do administrador. E as atividades estatais, impostas por lei, passam a ser fiscalizadas pela sociedade, através do Ministério Público, que, no desempenho de suas atividades precípuas, a representa.

Dentre as numerosas funções, estão as constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, especificamente, de interesse nestes autos a de zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes. Daí a legitimidade do MINISTÉRIO PÚBLICO e a irrecusável competência do Poder Judiciário, porquanto estabelecida a responsabilidade estatal na Resolução Normativa 497, baixada pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, seguimento social em destaque para agir em parceria com o Estado, nos termos do art. 88, II, do ECA.

Consequentemente, tenha se presente que o pleiteado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO não foi fruto de sua ingerência. O pedido foi a implementação de um programa adremente estabelecido por um órgão do próprio município, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, com função normativa fixada em conjugação com o Estado

(Município) e a sociedade civil. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 493.811 – SP, 2002)

Através do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, depreende-se não só a importância da efetivação das decisões dos Conselhos de Direito, como também a vinculação a que se submete a Administração Pública que deverá destinar recurso orçamentário específico para as deliberações dos Conselhos em todos os âmbitos federados.

Ademais, referido julgamento merece ainda destaque, tendo em conta que deixa evidente que não há ingerência indevida do Poder Judiciário naquilo que, supostamente, é de domínio do Poder Executivo, até mesmo porque, devido à composição paritária dos Conselhos, há integrantes do próprio Poder Executivo que juntamente com os demais membros da sociedade civil poderão estabelecer as diretrizes de efetivação dos direitos infantojuvenis.

Em relação à constituição dos Conselhos de Proteção à Infância, conforme art. 86 e art. 88, II, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que atuarão em consonância com as resoluções dos conselho nacional, conselhos estaduais e municipais, respectivamente (CARMELLO JUNIOR, 2013).

Nessa perspectiva, dada a competência concorrente, cabe à União a elaboração de normas gerais, ao passo que aos Estados e, em especial, aos Municípios compete a elaboração de normas específicas de política de atendimento para a infância, levando-se em consideração as características peculiares da localidade.

Em âmbito federal, criou-se o Conselho Nacional das Crianças e dos Adolescentes (Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991), uma das estruturas básicas da Secretaria Especial de Direito Humanos que integra a Presidência da República, composto por 28 conselheiros titulares e 28 suplentes, sendo 14 representantes do Poder Executivo e 14 representantes de entidades não governamentais que possuam atuação em âmbito nacional de proteção e defesa dos direitos da infância e juventude.

Dentre suas principais finalidades, destacam-se: expedição de diretrizes que orientarão a ação dos conselhos estaduais e municipais, acompanhamento e reordenamento institucional, oferecimento de subsídios e apoio na elaboração de legislação pertinente ao tema e, ainda, convocar, a cada dois anos, a Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CARMELLO JUNIOR, 2013).

A Resolução nº 116, CONANDA, em seu artigo 1º, estabelece que aos Conselhos de Direito competem a deliberação e o controle das políticas públicas de atendimento, compreendendo, destarte a política social básica, políticas de assistência social, políticas de proteção e as políticas de garantias.

Assim, em relação à própria elaboração das políticas públicas, implica dizer que todo projeto de governo que trate sobre os direitos da infância e adolescência deve contar com a aprovação do Conselho de Direito, sob pena de padecer de inconstitucionalidade formal, já que desrespeitou as normas procedimentais previstas no texto constitucional (artigo 204, II, Constituição Federal).

Importante salienta ainda que os Conselhos Estaduais possuem atuação concorrente com o Conselho Nacional, na medida em que também buscam a efetivação e planejamento das políticas públicas, em especial, políticas sociais básicas. É na esfera municipal, entretanto, em que se encontram as principais diretrizes da política de atendimento, até mesmo por força do disposto no art. 88, I, ECA. (CARMELLO JUNIOR, 2013)

Por todo o exposto, denota-se que a atuação em conjunto dos Conselhos de Direito da Infância e Juventude nos três âmbitos da federação, desde que respeitadas suas atribuições, consiste um projeto de planejamento político que visa assegurar a plenitude dos direitos programáticos previstos constitucionalmente, legitimando as decisões que deixam de ser centralizadas no Poder Executivo e passam a ser fruto de um processo adequado ao orçamento público pautado pela discussão envolvendo diversos segmentos da sociedade.

Todavia, necessário se evitar o déficit de representatividade que pode ser verificado nos referidos órgãos. De acordo com Alves (2013, p.238): “A legitimidade dos conselheiros populares é meramente instrumental e decorre da relação que possuem com as entidades ou setores da sociedade representados, com os quais devem manter um processo de interlocução permanente”.

Seria dizer que o déficit de representatividade se caracteriza quando há excesso de consenso que se contrapõem ao processo deliberativo a que se propõe os Conselhos de Direito. Nesse sentido:

Os conselhos constituem em espaços institucionais de interlocução da sociedade civil e dos governos, cuja atuação depende de um complexo processo de negociação, que passa por instâncias não colegiadas, nas quais a pressão da sociedade civil e a mobilização dos movimentos sociais são de extrema relevância, não apenas para a definição de pautas, mas também para definir os próprios processos de deliberação. (ALVES, 2013, p. 239-240)

Por essa razão, Gomes (2003) esclarece que para se falar em eficácia dos Conselhos de Direito, referenciado à possibilidade de discutir, controlar e executar suas decisões, é imprescindível compreender a efetividade em três dimensões. Primeiramente, no que tange à paridade de composição, a qual não deve ser apenas formal, numérica e normativa, mas sim entendida sob o viés da acessibilidade de informações, capacitação técnica dos conselheiros e disponibilidade de recursos.

Por conseguinte, as escolhas dos conselheiros devem ser democráticas e possam ser submetidas a procedimentos de responsabilização, tanto judicial quanto administrativo, desde que no primeiro caso se trate de vício de ilegalidade, já que o controle do mérito de suas decisões somente pode ser revisto pelo próprio órgão, em respeito ao Princípio da Autotutela e da Separação dos Poderes.

No terceiro aspecto da efetividade, devem os Conselhos recorrer à mobilização, apoio e anseios da sociedade, ampliando a publicização de seus atos e discussões em pautas, justamente por constituírem um local de interlocução e diálogo de propostas entre sociedade civil e representantes do governo.

Dada a exposição, constata-se que os Conselhos de Direito são instrumentos à disposição não só dos governos que podem com isso legitimar sua atuação diante das escolhas políticas, como também da própria sociedade, que atuando conjuntamente, poderá exercer controle social das políticas públicas.

CONCLUSÃO

Na atual conjectura, os direitos da infância e dos adolescentes devem ser elevados à categoria de direitos fundamentais, em decorrência, especialmente, da nova ordem constitucional que considerou crianças e adolescentes sujeitos de direitos. Nesse sentido, em respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e à dignidade da pessoa humana,

crianças e adolescentes demandam uma postura ativa do Estado de natureza prestacional, ou seja, exigem a proteção estatal em relação à efetivação e garantia de seus direitos.

A própria Constituição Federal de 1988 assegurou aos direitos relativos à infância e juventude que sejam tutelados com prioridade absoluta tanto pela sociedade e família, como também pelo próprio Estado que deve, ao estabelecer suas diretrizes de atuação, reservar orçamentos específicos para a implementação de políticas públicas que visem consolidar os direitos fundamentais da referida classe.

No entanto, necessário salientar que nem sempre os direitos infantojuvenis ostentaram o caráter prioritário mencionado, já que durante longos anos da história da República Federativa do Brasil, crianças e adolescentes eram considerados fatores impeditivos para o avanço nacional, ampliando sua potencialidade delitiva e demandando, deste modo, políticas repressivas e, por vezes, assistencialistas.

Com o advento da Doutrina da Proteção Integral e o a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, criou-se um sistema de garantias de direitos que almejam elevar crianças e adolescentes não só ao status de prioridade, mas também de sujeitos de direitos. Nessa perspectiva, o Estado, ao estabelecer suas políticas de atuação, deve consagrar aquelas que vão de encontro com os comandos legais, principalmente no que tange os direitos da infância e juventude.

Por este motivo, dentre os instrumentos que buscam conferir legitimidade às escolhas da administração encontram-se os Conselhos de Direitos, os quais, por intermédio da participação de diversos segmentos sociais, atribuem à representatividade dos governantes um viés mais democrático e participativo, já que, amparado pela descentralização, não concentra o poder da decisão exclusivamente ao Poder Executivo, de maneira a corroborar com a ideal concepção de cidadania, a qual não deve ser adstrita ao exercício do sufrágio, mas sim ser entendida como um direito fundamental de participação direta.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e Participação Popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2013.

AMIN, Andrea Rodrigues. *Evolução História do Direito da Criança e do Adolescente*, 2015. Maciel, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org). In: *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição Federal da República. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1980. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 13 Jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 493.811-SP, Plenário, Brasília, DF, 11 de novembro de 2003. Disponível em:
<http://www.mpggo.mp.br/portalweb/hp/8/docs/stj_julgamento_da_acao_civil_publica_da_co_marca_de_santos.pdf>. Acesso em 10 Mar. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CARMELLO JUNIOR, Carlos Alberto. A proteção jurídica da infância, da adolescência e da juventude. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

COSTA, Marli M. M. da, HERMANY Ricardo. A concretização do princípio da dignidade humana na esfera local como fundamento do estado democrático de direito frente à pobreza, à exclusão social e à delinquência juvenil. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, n. 26, jul./dez. 2006.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. Disponível em:
<<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657/454>>. Acesso em: 20 Jan. 2016.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Direitos da Criança e do Adolescente. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 2008.

GOMES, Eduardo Ganha Magalhães. Conselhos gestores de políticas públicas: democracia, controle social e instituições. Dissertação do mestrado em Administração Pública e Governo na FGV/EAESP. São Paulo, 2003.

LEMOS, Cleide de Oliveira. Crianças e Adolescentes: a constituição de novos sujeitos de direitos. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadãos-na-carta-cidada/idoso-pessoa-com-deficiencia-crianca-e-adolescente-criancas-e-adolescentes-a-constituicao-de-novos-sujeitos-de-direitos>>. Acesso em: 20 Jan. 2016.

PONTES JUNIOR, Felício. Conselhos de direito da criança e do adolescente. São Paulo: Malheiros, 1993.

RIZZINI, Irene. O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. São Paulo: Cortez, 2011.

ROBERTI JÚNIOR, João Paulo. Evolução Jurídica do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil. Disponível em: <www.unifebe.edu.br/revistaelectronica/20121/artigo025.pdf>. Acesso em 18 Jan. 2016.

SALIBA, Maurício Gonçalves. O Olho do poder- Análise crítica da proposta educativa do estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

SAUT, Roberto Diniz. O direito da criança e do adolescente e sua proteção pela rede de garantias. Revista Jurídica, Blumenau, n. 21, jan./jun.2007.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. A Efetividade dos Direitos da Criança e do Adolescente. São Paulo: Pillares, 2008

VERONESE, Josiane Rose Petry. Os Direitos da Criança e do Adolescente. São Paulo: LTr, 1999.

DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA: A BUSCA POR UM SERVIÇO PÚBLICO DE QUALIDADE À PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Danielle Regina Bartelli VICENTINI¹

Ilton Garcia da COSTA²

RESUMO

A Constituição de 1988 trouxe grandes avanços no que diz respeito à educação da pessoa com deficiência. Contudo, apenas garantir a matrícula do aluno com deficiência não é inclusão. A educação inclusiva deve ir além do simples processo de ensino/aprendizagem, favorecendo, acima de tudo, valores e princípios reais, a fim de que seja possível uma convivência harmônica e um crescimento pessoal enriquecido justamente pela diferença. Contudo, devido ao descaso do poder público em investimentos na área, a ideia equivocada do assistencialismo ainda aparece enraizada em nossa sociedade, reforçando o desejo equivocado de manter as crianças/jovens com deficiência em espaços especializados, segregados do ensino regular, como se esta fosse a melhor alternativa de “protegê-los” do descaso estatal. A metodologia utilizada foi interpretativa indutiva com base em bibliografia variada.

PALAVRAS-CHAVE: educação inclusiva, pessoa com deficiência, direito à educação, serviço público, inclusão

ABSTRACT

The Constitution of 1988 brought major advances with regard to the education of disabled people. However, only to ensure the enrollment of disabled students in schools cannot be considered inclusion. The inclusive education must go beyond the simple teaching / learning process, favoring above all, actual values and principles in order that a harmonious coexistence is possible and an enriched personal growth is promoted by the differences themselves. However, due to the negligence of the public power and lack of investments in the area, the mistaken idea of philanthropy still appears rooted in our society, reinforcing the

1 Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Membro do Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC/PR. Graduada em Direito pela Faculdade Metropolitana Londrinense e em Letras pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Autora do livro "Educação Inclusiva da Pessoa com Deficiência: o crescimento na diversidade". Professora universitária e Advogada (OAB/PR).

2 Possui doutorado em Direito pela PUC-SP Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Pós Doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal (em andamento) mestrado em Direito pela PUC-SP, mestrado em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano UNIBERO, graduação em Direito pela Universidade Paulista UNIP, graduação em Matemática pela Universidade Guarulhos UNG, Especialização em Administração Financeira pela Alvaros Penteado, Especialização em Mercados Futuros pela BMF - USP, Especialização em Formação Profissional na Alemanha. Avaliador de curso e institucional pelo INEP ? MEC. Atualmente é advogado responsável - Segpraxis Advocacia, professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP no mestrado e graduação. Foi Diretor Superintendente de Planejamento e Controles do Banco Antonio de Queiroz e Banco Crefisul, Membro do Conselho Fiscal e Diretor do Curso de Direito da Universidade Ibirapuera UNIB, Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Anchieta de SBC. Atualmente é Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico, Vice Presidente da Comissão de Estágio (triênio 2013 a 2015) e membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB-SP todas estaduais. Tem experiência na área de Direito atuando principalmente nos seguintes temas: direito, educação, ensino, direito Constitucional, direito Administrativo, direito do Trabalho, direito Empresarial, administração, finanças, seguros, gestão e avaliação.

mistaken desire to keep the children / young people with disabilities in specialized spaces, segregated from the regular education, as if it is the best alternative to "protect" them from the State negligence. The method used in this work was inductive followed by an updated literature.

KEY-WORDS: inclusive education, disabled person, right to education, public service, inclusion.

INTRODUÇÃO

Ao observarmos o ordenamento jurídico pátrio é possível constatarmos que a fundamentação quanto ao direito das pessoas com deficiência, pode ser encontrada em vários princípios, incluindo o da dignidade da pessoa humana, o da plena eficácia dos direitos fundamentais, busca da identidade e exercício da cidadania, dentre outros.

O acesso e a permanência na escola comum são direitos indisponíveis de todos os cidadãos brasileiros com deficiência, transtorno global do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação (pessoas que são público-alvo da Educação Especial). Trata-se de um direito, garantido constitucionalmente e pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e este não se discute.

Neste contexto, a educação inclusiva aponta para a transformação da sociedade, pois se caracteriza como um processo em que se amplia a participação de todos os estudantes nos estabelecimentos de ensino regular. Para tanto, é preciso repensar os conceitos de “igualdade” e “diferença”, com a finalidade de transformarmos a escola em um ambiente mais humano.

Trata-se de uma reestruturação da cultura, da prática e das políticas vivenciadas nas escolas de modo que estas respondam à diversidade dos alunos. É uma abordagem humanística, democrática, que percebe o sujeito e suas singularidades, tendo como objetivos o crescimento, a satisfação pessoal e a inserção social de todos.

A dignidade humana, os direitos individuais e coletivos garantidos pela Constituição Federal/88 impõem às autoridades e à sociedade a obrigatoriedade de efetivar políticas públicas, a fim de canalizar recursos humanos e materiais a uma educação de qualidade.

Contudo, o acesso a uma educação de qualidade ainda é privilégio de poucos em nosso país, sendo que tal situação se agrava mais ainda se pensarmos no caso dos alunos com deficiência. Poucas são as escolas públicas que se encontram preparadas para atender a demanda. As dificuldades a serem enfrentadas vão desde barreiras arquitetônicas (acessibilidade), a falta de material didático apropriado à deficiência, como máquinas de

braile e livros adaptados, terminando no despreparo de muitos educadores para lidarem com a situação, quando não a completa ausência deles como auxiliares em sala de aula.

Apesar do dispositivo constitucional elevar a educação à categoria de serviço público essencial, sendo direito de todos, não há como negar o descaso do Estado em fornecer apoio técnico e financeiro às escolas para tanto.

A omissão do Estado em executar políticas públicas que proporcionem uma educação pública de qualidade, acaba por disseminar a ideia equivocada de que manter esses alunos em escolas especiais, segregados do ambiente da escola pública, seja a melhor opção.

PESSOA COM DEFICIÊNCIA: ROMPENDO ESTERÉOTIPOS

Reconhecido como um tema espinhoso e controverso, o direito à igualdade/diversidade (direito das minorias) possui uma complexidade de riqueza de detalhes. Apesar de constantemente discutido, o direito constitucional à inclusão é tema fascinante e inesgotável, e faz despertar o interesse não somente na comunidade jurídica, mas em toda a sociedade civil, levando-nos a um debate sério e avesso a juízos simplistas e respostas prontas.

A Constituição Federal de 1988 preceitua uma educação para todos, sem distinção e discriminação, e garante a alunos com deficiência acesso, permanência e participação em salas de aula comuns das escolas de ensino regular. A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006), que foi integralmente incorporada a nossa Constituição Federal em 2009, também garante a esses alunos a escolarização em ambientes educacionais inclusivos.

Entretanto, a relação entre as sociedades ocidentais e as pessoas com deficiência nem sempre foi tão respeitosa, passando por quatro paradigmas: o da eliminação, o do assistencialismo, o da integração e finalmente o da inclusão. Ao contrário de fases ou etapas históricas, não há uma sequência temporal linear, uma vez que os paradigmas deixam rastros, convivem uns com os outros no meio social e disputam a preferência.

Flávia Piovesan (2012, p.46) traz uma interessante análise sobre a contextualização histórica da pessoa com deficiência:

A história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência compreende quatro fases: a) uma fase de intolerância em relação às pessoas com deficiência, em que simbolizava impureza, pecado ou mesmo castigo divino; b) uma fase marcada pela invisibilidade das pessoas com deficiência; c) uma terceira fase, orientada por uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica

de que a deficiência era uma “doença a ser curada”, estando o foco no indivíduo “portador de enfermidade”; e d) finalmente uma quarta fase, orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos.

O paradigma da inclusão constata que todos os seres humanos têm idêntico valor e que cada um deles é o autor da sua própria trajetória em busca de sua felicidade pessoal, ou seja, todos somos diferentes e a diferença deve ser elemento de coesão social (CRUZ, 2009, p. 112). Analisando por esse enfoque, já alcançamos o paradigma da verdadeira inclusão?

É neste contexto que o direito à igualdade/diversidade se firma como um direito fundamental para se efetivar a referida inclusão. Nos dizeres de Piovesan (2003, p. 252):

(...) as pessoas portadoras de deficiência, dentre outras categorias vulneráveis devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.

Pensar a diferença por si é pressuposto fundamental para se discutir as grandes questões como da justiça e da igualdade, ou seja, reconhecer a alteridade é pressuposto ético para a construção/reconhecimento do direito à diferença (ALVES, 2010, p.33). Neste sentido, é preciso esclarecer e reforçar a ideia de que sob a perspectiva procedimental da igualdade, investir na inclusão das pessoas com deficiência não significa assistencialismo social, pelo contrário, é imperativo estatal no paradigma do Estado Democrático de Direito (CRUZ, 2009, p. 230).

O movimento da educação inclusiva não deve se restringir apenas à inserção de alunos com deficiência no ensino regular. É um movimento muito mais amplo, que requer uma nova organização de escola que considere as diferenças de todos os alunos. A escola que aprende com as diferenças é aquela que se preocupa em oferecer o melhor do ensino e reconhece que todo aluno é capaz de aprender.

Igualdade, direito à educação, ensino inclusivo são expressões que devem estar juntas, exigindo do professor e da escola o desenvolvimento de habilidades próprias para propiciar, dentro da sala de aula e no convívio escolar, oportunidades para todos, portadores ou não. Aliás, permitir que as pessoas não portadoras de deficiência se relacionem com outras pessoas portadoras de deficiência fará com que aquelas desenvolvam seu espírito de solidariedade, busquem uma comunicação mais rica e mais motivada, engrandecendo a todos, reflexo de uma postura democrática. (ARAÚJO, 2003, p. 52)

É fato que o paradigma da segregação é ainda forte e enraizado em nossa sociedade e com todas as dificuldades e desafios a enfrentar na rede pública (sejam eles estruturais ou

mesmo de capacitação profissional), acabam por reforçar o desejo de mantê-los em espaços especializados, separados do convívio das salas regulares.

O marco histórico da educação especial brasileira data na segunda metade do século XIX, ainda no Segundo Reinado, quando em 1854 foi criado no país o Imperial Instituto dos Meninos Cegos, hoje chamado de Instituto Benjamin Constant – IBC e o Instituto dos Surdos Mudos, em 1857, hoje denominado Instituto Nacional da Educação de Surdos – INES. A partir do século XX, outras instituições foram criadas, tais como Instituto Pestalozzi (1926), a primeira APAE (1954), Sociedade Pestalozzi (1945), porém não comportando todos os deficientes brasileiros (MEC/SEESP, 2007).

É interessante salientar aqui a construção escolar desse atendimento, pois enquanto a educação popular permanecia sob a responsabilidade das províncias desde o Ato Adicional de 1834, o governo da Corte, numa sociedade agrária, iletrada, assumia educar uma minoria de cegos e surdos, movido, provavelmente, por forças ligadas ao poder político, sensibilizadas com esse alunado por diversos motivos, inclusive vínculos familiares. Se nesse momento houve alguma medida antecipadora deste atendimento em relação à educação popular, em outros momentos isso não aconteceu, e as províncias do governo central atrasaram-se em relação a esse anulado, embora o seu direito estivesse implícito na proposta de educação de todos, já na primeira Constituição brasileiro de 1824. (JANNUZI, 2012, p. 57)

Observa-se, que a educação especial brasileira concentrou-se, até os anos 1960, em iniciativas mais localizadas e, no âmbito escolar, bastante restritas às instituições especializadas, públicas ou, principalmente, privadas. As classes especiais já existiam em algumas redes públicas, mas não de forma expressiva, e acompanhavam, lentamente, a expansão do ensino primário e de seus problemas, tal como o crescente fracasso escolar nas séries iniciais. A partir do final dos anos 1960, e de modo mais destacado nos anos 1970, as reformas educacionais alcançaram a área de educação especial sob a égide dos discursos da normalização e da integração (FERREIRA, 2006, p. 86-87).

Portanto, o que se viu durante muitos anos foi apenas um assistencialismo, segregado dos demais setores sociais, especialmente do ensino regular, ou seja, tradicionalmente, a história da educação especial no Brasil se processou de forma paralela ou independente dos movimentos de educação regular.

Hoje, a ausência de infraestrutura compromete a inclusão de alunos com deficiência na rede de ensino público no Brasil. Poucas são as escolas que possuem instalações especializadas. Faltam rampas e elevadores de acesso, carteiras anatômicas, material didático especial, além de professores capacitados para lidar com a deficiência.

Se quiser formar cidadãos tolerantes para o amanhã, é preciso investir nas crianças,

mostrando a estas o mundo plural em que se vive, bem como a importância de respeitar a diversidade do outro (COSTA; REIS, 2014, p. 73-74).

A concepção social e teórica sobre a questão vem sendo revista, a escola pública tem passado por profundas transformações e a sociedade anseia por testemunhar o resultado dessa mudança de paradigma. Entretanto, sem o investimento do Estado no setor, estamos diante de uma discriminação de fato, resultado de uma política de neutralidade e de indiferença do aparato estatal para com os deficientes. Isso porque o Poder Público não consegue fazer com que estes recebam, muitas vezes, um tratamento de qualidade na prática, ou seja, além dos dispositivos legais.

Deixar a visão assistencialista, baseada na incapacidade do sujeito e passar a encarar o assunto como uma questão de direito humano e de respeito à diferença é o caminho que poderá levar o Brasil a promover a “verdadeira” inclusão educacional na rede pública de ensino.

EDUCAÇÃO INCLUSIVA E A QUESTÃO LEGISLATIVA

A inclusão de alunos com deficiência na rede pública de ensino surge num cenário de constantes movimentos sociais em busca da erradicação das diferenças, muitas vezes inundado de ideias distorcidas, provocando discussões e dividindo opiniões.

A Constituição da República traz em seu Título VIII, denominado da Ordem Social, precisamente no art. 227, inc. II, parágrafos 1º, e 2º, a criação de programas visando à integração, através de facilitação dos bens e serviços, garantindo o acesso adequado da pessoa com deficiência.

Dentre as diversas leis e decretos existentes sobre o tema em comento, depreende-se do art. 4º, inciso III do texto da Lei nº. 9.394/96, que dispõe sobre as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a repetição da norma constitucional prevista no art.208, inciso III da Carta Magna, consolidando que o atendimento educacional às pessoas com deficiência deverá ser “preferencialmente” na rede regular de ensino.

A referida expressão em destaque, ainda hoje, causa certa polêmica, suscitando interpretações equivocadas, senão vejamos o entendimento de Eugênea Augusta Gonzaga Fávero (2006, p. 165):

(...) o que deveria ser mais uma garantia, está sendo visto como um limitador do direito do acesso à educação nas escolas comuns. Isto porque o termo “preferencialmente” tem dado margem a interpretações equivocadas. Tem dado margem a conclusões no sentido de que as escolas poderiam optar entre receber ou

não pessoas com deficiência, esquecendo-se dos princípios gerais da igualdade, da não discriminação e do direito de todos ao acesso e permanência na escola e que a escola, segundo nossa Constituição, é apenas aquela que visa o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo, para a cidadania e que garanta a qualquer pessoa o direito de acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, de acordo com a capacidade de cada um. Como esses objetivos podem ser atingidos em um ambiente segregado?

A fim de reforçar a inclusão educacional e pôr fim a qualquer forma de segregação, temos o decreto nº 3.956/2001, baseado na “Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Pessoa Portadora de Deficiência”, celebrado na Guatemala, bem como o decreto 6.949/2009, o qual promulgado devido a “Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”.

Mais recentemente, o decreto nº 7.611/2011 tem suscitado questionamentos quanto à sua constitucionalidade, uma vez que possibilitaria o ensino exclusivamente segregado em classes ou escolas especiais, o que representaria um verdadeiro retrocesso social à política de educação inclusiva.

Durante muito tempo a Educação Especial foi reconhecida como uma modalidade de ensino caracterizada pelo conjunto de recursos ou serviços educacionais essenciais, com o objetivo de apoiar, suplementar e até mesmo substituir os serviços educacionais comuns, de modo a garantir educação formal àqueles considerados diferentes da maioria (MAZZOTA, 1996, p. 11).

Eugênea Augusta Gonzaga Fávero (2006, p. 169) entende que o atendimento segregado e especializado, que era possível antes da Constituição de 1988, não pode mais ser admitido em substituição à educação oferecida nas classes comuns da rede regular, ou seja, não mais é admissível o atendimento oferecido exclusivamente pela chamada rede especial.

Hoje, a Educação Inclusiva se constitui pelo apreço à diversidade como condição a ser valorizada, pois é benéfica à escolarização de todas as pessoas, respeita os diferentes ritmos de aprendizagem e propõe outras práticas pedagógicas, o que acaba por exigir uma ruptura com o instituído em sociedade e nos sistemas de ensino convencionais (PRIETO, 2006, p. 40).

Para Maria Teresa Égler Mantoan (2001, p.04):

O motivo que sustenta a luta pela inclusão como uma nova perspectiva para as pessoas com deficiência é, sem dúvida, a qualidade de ensino nas escolas públicas e privadas, de modo que se tornem aptas para responder às necessidades de cada um de seus alunos, de acordo com suas especificidades, sem cair nas teias da educação especial e suas modalidades de exclusão.

Em suma, a legislação brasileira avançou e a inclusão da pessoa com deficiência na escolar regular é um direito constitucional inquestionável, não havendo mais espaço para a discussão da aceitação, ou não, desta.

Contudo a presença de dispositivos constitucionais relevantes para tal instituto não parece suficiente, restando necessária a efetiva atuação estatal, a fim de promover as medidas práticas que se tornarão os pilares da estrutura da educação inclusiva, caso contrário tais normas constantes na Carta Magna serão apenas princípios sem qualquer aplicação prática.

Para falar sobre inclusão escolar é preciso repensar o sentido que se está atribuindo à educação, além de atualizar nossas concepções e reavaliar o processo de construção de todo o indivíduo, compreendendo a complexidade e amplitude que envolve essa temática.

A ideia de uma sociedade inclusiva se fundamenta numa filosofia que reconhece e valoriza a diversidade, como característica inerente à constituição de qualquer sociedade. Partindo desse princípio e tendo como horizonte o cenário ético dos Direitos Humanos, sinaliza a necessidade de se garantir o acesso e a participação de todos, a todas as oportunidades, independentemente das peculiaridades de cada indivíduo.

Para alguns estudiosos, estaríamos caminhando não para uma educação inclusiva, mas sim para uma inclusão radical e perigosa. Isso porque a rede pública não estaria preparada para receber tal demanda.

Na concepção de Luiz Alberto David Araujo e Maurício Maia (2014, p. 175):

A falta de uma educação inclusiva, ou seja, a impossibilidade de que as pessoas com deficiência frequentem (ou ao menos seja lhes oferecida a oportunidade de frequentarem) o mesmo ambiente escolar que as outras pessoas, segregando-as em escolas "especiais", impede que seja gerada a consciência do problema e o acolhimento da diferença.

Na obra de Claudia Werneck (2000, p. 64) a autora instiga que "Incluir não é um favor, ms troca. Quem sai ganhando com essa troca? Todos, em igual medida." Conviver com as diferenças humanas é direito de todo cidadão, deficiente ou não, pois só através da vivência com o outro, respeitando sua diversidade é que construiremos um país diferente.

Por isso, a solidariedade é princípio basilar da inclusão, afinal, precisamos uns dos outros, independentemente de apresentarmos ou não alguma deficiência:

A pessoa consciente do que é e do que os outros são, a pessoa que usa sua inteligência para perceber a realidade, sabe que não teria nascido e sobrevivido sem amparo e a ajuda de muitos. E todos, mesmo os adultos saudáveis e muito ricos, podem facilmente perceber que não podem dispensar a ajuda constante de muitas pessoas, para conseguirem satisfazer suas necessidades básicas. Existe, portanto, uma solidariedade natural, que decorre da fragilidade da pessoa humana e que deve ser completada com o sentimento de solidariedade (DALLARI, 2004, p. 15-16)

A inclusão é um dos princípios fundamentais dos direitos humanos. É também meta político-social de quase todos os governos que são minimamente comprometidos com uma agenda global de desenvolvimento. Inclusão significa mais igualdade de oportunidades, mais desenvolvimento para os que foram historicamente excluídos. É adequar e fazer chegar a pobres, negros, pessoas com deficiência e outros grupos em desvantagem social, as políticas públicas que geralmente só atingem uma parte privilegiada da população. É romper com práticas estabelecidas e construir um ciclo de aprimoramento das políticas públicas.

Assim, é preciso analisar se há mecanismos adequados a esta inclusão ou se trata de mais uma previsão normativa que não consegue extravasar os limites dos manuais de direito constitucional. De antemão, não há como negar as falhas nas políticas públicas adequadas para que exista apoio técnico e financeiro às escolas para tanto.

EDUCAÇÃO X SERVIÇO PÚBLICO: A BUSCA PELA EFICIÊNCIA E QUALIDADE

O direito à educação, como direito humano fundamental de segunda geração, deve ser pensado e buscado além da garantia de acesso aos bancos escolares. É preciso cuidar dos meios necessários para a evolução pessoal do indivíduo, pois através da educação é possível fornecer os elementos para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Parece haver consenso em torno da ideia de que a educação deve ser tratada como uma prioridade por nossos governantes. Contudo, a realidade demonstra que a escola pública de qualidade ainda é um sonho distante, sobretudo para os setores mais vulneráveis de nossa sociedade.

Trata-se de um serviço público essencial, a ser ofertado a toda e qualquer pessoa, de importância fundamental para a sociedade, como bem elucidado por José Afonso da Silva (2007, p. 838-839):

A educação como processo de reconstrução da experiência é um atributo da pessoa humana, e, por isso, tem que ser comum a todos. É essa a concepção que a Constituição agasalha nos arts. 205 a 214, quando declara que ela é um direito de todos e dever do Estado. Tal concepção importa, como já assinalamos, em elevar a educação à categoria de serviço público essencial que ao Poder Público impende possibilitar a todos, daí a preferência constitucional pelo ensino público, pelo que a iniciativa privada, nesse campo, embora livre, é, no entanto, meramente secundária e condicionada (arts. 209 e 213). É que, como lembra Anísio Teixeira: “Obrigatória, gratuita e universal, a educação só poderia ser ministrada pelo Estado. [...] A escola pública, comum a todos, não seria, assim, o instrumento de medo, mas um direito do povo, sobretudo das classes trabalhadoras, para que, na ordem capitalista, o trabalho (não se trata, com efeito, de nenhuma doutrina socialista, mas do melhor capitalismo) não se conservasse servil, submetido e degradado, mas, igual ao capital na consciência de suas reivindicações e dos seus direitos”.

Dessa forma, a atuação da administração pública deveria ser dimensionada em função dos objetivos a atingir, ou seja, a administração deve ser determinada pelas possibilidades de uma atuação concreta, permanente, generalizada e eficiente (DALLARI, 1994, p.39). A administração pública é regida por vários princípios, dentre eles o da eficiência, já que deve orientar-se a alcançar como resultado o interesse público.

O Princípio da Eficiência foi acrescido pela Emenda Constitucional n.º 19 ao "caput" do artigo 37 da Constituição Federal. Posteriormente, previsto também na legislação infraconstitucional, artigo 22, da Lei 8.078/90 (CDC): “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

Ser eficiente, portanto, exige primeiro da Administração Pública o aproveitamento máximo de tudo aquilo que a coletividade possui, em todos os níveis, ao longo da realização de suas atividades. Significa racionalidade e aproveitamento máximo das potencialidades existentes. Mas não só. Em seu sentido jurídico, a expressão, que consideramos correta, também deve abarcar a ideia de eficácia da prestação, ou de resultados da atividade realizada. Uma atuação estatal só será juridicamente eficiente quando seu resultado quantitativo e qualitativo for satisfatório, levando-se em conta o universo possível de atendimento das necessidades existentes e os meios disponíveis (CARDOZO, 1999, p. 166).

Cabe ao Estado, em atendimento ao princípio da eficiência e da continuidade dos serviços públicos o dever de atuar de forma legal, utilizando dos seus mecanismos de fiscalização e controle, para garantir a qualidade e a efetividade de suas atividades. Ademais, eficiência tem como corolário a boa qualidade.

Contudo, o que se vê é um total descaso do governo entorno de investimentos no

setor educacional. Nossas escolas encontram-se sucateadas, sem falarmos na má remuneração dos profissionais da área, com professores completamente desvalorizados. Tal cenário se agrava e muito quando entramos na questão da educação inclusiva. Poucas são as escolas públicas que possuem instalações especializadas. Faltam banheiros adaptados, rampas, piso especial, elevadores de acesso, carteiras anatômicas, material didático, além de profissionais capacitados para lidar com a deficiência.

Diante desta triste realidade, a efetivação dos direitos sociais no Brasil, dentre estes, a educação inclusiva, apresenta-se como um dos grandes desafios impostos pela Constituição Federal de 1988 ao Poder Público. Sua efetividade deveria ser assegurada por meio de investimento em políticas públicas adequadas.

A base da fixação dessas políticas públicas é a Constituição, porque ao estabelecer os princípios e programas normativos já fornece o caminho da atuação estatal no desenvolvimento das atividades públicas, as estradas a percorrer, obrigando o legislador infraconstitucional e o agente público ao seguimento do caminho previamente traçado ou direcionado (SANTIN, 2013, p. 34-35):

(...) as políticas públicas são execuções das normas legais ou constitucionais, verdadeiros mecanismos de sua efetivação ou um “law enforcement” (reforço para execução da lei). Não são apenas atos meramente políticos ou de governo, os chamados atos de gestão. As políticas públicas são os meios de planejamento para a execução dos serviços públicos. (...) A fixação das políticas públicas ocorre por meio dos mecanismos estatais de planejamento das ações, estratégias e metas para atingir a finalidade pública de forma eficiente, na prestação de ações e serviços públicos. As políticas públicas correspondem ao planejamento e as obras e serviços caracterizam a execução material da função.

Complementando esse pensamento, interessante se faz a colocação de Fernando de Brito Alves (2013, p. 213):

(...) políticas públicas são aqui entendidas como o “Estado em ação”. Ação, não é, contudo, sinônimo de atividade. É uma ação sistemática e qualificada, de um determinado governo, com o objetivo específico de intervir em contextos sociais, específicos a fim de promover a inclusão.

A dificuldade financeira, sempre alegada pelos administradores como justificativa para a baixa amplitude e qualidade dos serviços públicos essenciais, não deve ser encarada como argumento definitivo, já que as dificuldades devem ser enfrentadas por meio de uma consciente escolha de prioridades, com alocação adequada de verbas, observando o que a Constituição Federal sinalizou como objetivos e metas fundamentais. Afinal, escassez orçamentária caracteriza-se como algo diferente da inexistência total ou completa de recursos (GONÇALVES, 2013, p. 329).

Em outras palavras, a cláusula da reserva do possível, sistematicamente adotada pela administração pública, não deve servir como desculpa, a fim de exonerar o Estado de suas responsabilidades.

Infelizmente, estamos diante de uma triste realidade do ensino público, ante a escassez de recursos materiais e humanos voltados para uma educação de qualidade. Também faltam estruturas de apoio à continuidade da criança e adolescente na escola, já previstas constitucionalmente, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Por vezes, essas estruturas de apoio dizem respeito aos profissionais ligados ao aparato educacional, mormente essenciais no trato com a comunidade, principalmente com a família dos educandos (CIENA, 2013, p.18).

O Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios dispostos na Constituição (art. 206), ampliando cada vez mais a possibilidade de que todos venham a exercer igualmente esse direito. Ademais, todas as normas da Constituição sobre educação e ensino devem ser interpretadas no sentido de sua plena e efetiva realização (SILVA, 2007, p. 313). Quando o ambiente escolar não se encontra preparado, se esta diante sim de uma discriminação de fato, resultado de uma política de neutralidade e de indiferença do aparato estatal para com os deficientes, já que o Estado não consegue fazer com que estes recebam, muitas vezes, um tratamento de qualidade na prática, ou seja, além dos dispositivos legais (VICENTINI; COSTA, 2015, p. 106).

A efetivação da garantia de acesso à educação com relação às pessoas com deficiência pressupõe a disponibilização dos meios hábeis a suprir ou atenuar as dificuldades causadas por limitações de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, a fim de promover e assegurar a sua participação plena no ambiente escolar em igualdade de condições com os demais alunos.

Assim, do anúncio do direito à educação à devida efetivação deste, existe uma grande distância a ser percorrida, já que o ensino público de qualidade, no Brasil, ainda se apresenta como uma promessa de realização, a qual necessita de um forte investimento no setor educacional, no sentido de garantir um serviço público de qualidade a todas as crianças e jovens.

A crescente demanda populacional por acesso à rede pública de ensino acaba por gerar um desafio ao Estado, no que diz respeito à implantação e execução de políticas

públicas educacionais que proporcionem um serviço público com qualidade. É preciso que o Estado reveja suas prioridades orçamentárias e não mais busque justificar seu descaso por meio do argumento da escassez orçamentária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inclusão de alunos com deficiência na rede pública de ensino surge num cenário de constantes movimentos sociais em busca da erradicação das diferenças, muitas vezes inundado de ideias distorcidas, provocando discussões e dividindo opiniões.

Hoje, a questão da educação inclusiva brasileira não se restringe a falta de acesso ou mesmo recusa em efetuar a matrícula de alunos com deficiência. Isso já foi superado. O que ocorre, muitas vezes, é um descaso do Estado em prestar um serviço público que propicie uma educação de qualidade e respeite a diversidade. Falta acessibilidade, material didático adequado, bem como profissionais para atender a demanda.

A verdadeira inclusão não se faz apenas garantindo o acesso à matrícula e aos bancos escolares. É preciso dar suporte, estrutura tanto física quanto emocional no atendimento desses alunos, proporcionando-lhes condições de se desenvolverem plenamente como seres humanos, a fim de que possam exercer sua cidadania.

Romper com o paradigma assistencialista não é tarefa das mais fáceis, ante o despreparo de muitas instituições educacionais ao tratar o assunto. O descaso do Estado em investimentos no setor acaba por disseminar a ideia equivocada de que o atendimento especializado, em espaços segregados à escola pública, seria a melhor forma de protegê-los da omissão estatal.

Que fique claro, a existência de escolas especiais é absolutamente válida no que diz respeito ao atendimento educacional especializado, de modo "complementar" ao ensino regular, mas não como única modalidade educacional, exclusiva e segregadora. Tais instituições foram e são importantíssimas na vida da pessoa com deficiência. Contudo, segregação gera mais segregação. É direito da pessoa com deficiência, bem como da não deficiente o direito ao convívio mútuo.

Uma escola pública para todos, e com qualidade, é possível. Basta que a administração pública reveja suas prioridades orçamentárias e invista na execução de políticas públicas capazes de proporcionar um ambiente escolar humanizado, onde crianças/adolescentes tenham a possibilidade de desenvolver suas potencialidades,

respeitando sempre a diversidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fernando de Brito. Margens do Direito. A nova fundamentação do direito das minorias. Porto Alegre: Núria Fábris ED, 2010.

_____. Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David de. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. Brasília: Corde, 2003.

_____. Luiz Alberto David & MAIA, Maurício. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 22. Vol. 86. Janeiro-Março de 2014.

BRASIL. MEC/SEESP. Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva. Documento elaborado pelo Grupo de Trabalho nomeado pela Portaria Ministerial nº 555, de 5 de junho de 2007, prorrogada pela Portaria nº 948, de 09 de outubro de 2007. Disponível em: <http://peei.mec.gov.br/arquivos/politica_nacional_educacao_especial.pdf. > Acesso em 11 de julho de 2014.

CARDOZO, José Eduardo Martins. Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional n.º 19/98). Apud MORAES, Alexandre. Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999.

CIENA, Fabiana Polican. DA EDUCAÇÃO À CIDADANIA. Revista Argumenta, Jacarezinho - PR, n. 8, p. 125-150, Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/100/100>>. Acesso em: 26 Mai. 2014.

COSTA, Ilton Garcia da; REIS, Junio Barreto dos. Ensino religioso nas escolas públicas, tolerância ou exclusão. In: Direito e Educação: fraternidade em ação: uma abordagem interdisciplinar. Organização Ivanaldo Santos e Lafayette Pozzoli – 1. Ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença. Belo Horizonte: Delrey, 2003.

DALLARI, Adilson Abreu. Administração Pública no estado de direito. Revista trimestral de Direito Público. nº 5 /1994.

_____. Direitos humanos e cidadania. 2 ed. São Paulo: Moderna, 2004.

FÁVERO, Eugênea Augusta Gonzaga. O direito das pessoas com deficiência de acesso à educação. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David. (Coord.) Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência. São Paulo: RT, 2006.

FERREIRA, Júlio Romero. Educação especial, inclusão e política educacional: notas brasileiras. In: Inclusão e Educação: Doze olhares sobre a educação inclusiva/ David Rodrigues (org). - São Paulo: Summus, 2006.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. Direitos sociais, política e justiça. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013.

JANUZZI, Gilberta Martino. A educação do deficiente no Brasil: dos primórdios ao início do século XXI. 3. ed. rev. Campinas, SP. Autores Associados, 2012.

MANTOAN, Maria Teresa Égler. Todas as crianças são bem-vindas à escola. RPD – Revista Profissão Docente, Uberaba, v.1, n.2, p. 1 -19, mai/ago. 2001 – ISSN 1519-0919. Disponível em: <<http://www.revistas.uniube.br/index.php/rpd/article/view/32/515>>. Acesso em: 24 de julho de 2014.

MAZZOTA, Marcos, J. S. Educação Especial no Brasil: história e políticas públicas. São Paulo: Cortez, 1996.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. Manual dos direitos da pessoa com deficiência. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

_____. Proteção Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PRIETO, Rosângela Gavioli. Atendimento escolar de alunos com necessidades educacionais especiais: um olhar sobre as políticas públicas de educação no Brasil. In: Inclusão Escolar: pontos e contrapontos. São Paulo: Summus, 2006.

SANTIN, Valter Foletto. Controle judicial da segurança pública: eficiência na prevenção e repressão ao crime. 2ª ed., São Paulo: Verbatim, 2013.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 28ª ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

VICENTINI, Danielle Regina Bartelli; COSTA, Ilton Garcia da. Direito à educação inclusiva. Uma análise quanto ao acesso de alunos com deficiência na rede regular de ensino. In: Diálogos (im)pertinentes. Responsabilidade e Função Social. Curitiba: Instituto Memória – Centro de estudos da Contemporaneidade, 2015.

WERNECK, Cláudia. Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva. Rio de Janeiro. WVA, 2000.

DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA E A LEI ROUANET

André Luiz de Aguiar Paulino LEITE¹

Rafael Gomiero PITTA²

RESUMO

Pretende-se com o presente trabalho levantar debate acerca de possíveis alternativas às atuais políticas públicas de cultura, mais especificamente, aos problemas relativos à Lei Rouanet, a fim de que se garanta maior efetividade ao direito cultural no sentido de ampliar a conquista da cidadania, a redução de desigualdades regionais, e conseqüentemente, do fenômeno da exclusão social que se fazem tão presentes no Brasil. Visando à garantia do direito constitucional de acesso à cultura, foi promulgada em dezembro de 1991 a Lei 8.313/1991, que estabelece mecanismo de renúncia fiscal e financiamento a projetos culturais. A cultura possui o condão de fortalecer a coesão de grupos minoritários e despertar nos indivíduos o respeito à diferença, sendo portanto de grande importância na construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, menos desigual e livre de preconceitos e discriminação. A Lei Rouanet, porém, como mostram os dados, estaria atuando no sentido contrário do que determina o a Constituição Federal, quando favorece apoio a projetos localizados em grandes centros urbanos, principalmente na região sudeste. Grosso modo, a lei é antiefetiva, vez que sua eficácia (observância, aplicação) provoca efeito contrário ao que pretendia o legislador quando de sua confecção.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Cultural, Lei Rouanet, Cidadania, Direitos Fundamentais, Políticas Públicas; Inclusão Social.

ABSTRACT

This research intends to raise debate about possible alternatives to current public policy on culture, more specifically, the problems concerning the Rouanet Law, in order that they ensure greater effectiveness in the cultural right to broaden the conquest of citizenship, reducing regional inequalities and consequently the phenomenon of social exclusion that are so present in Brazil. Aiming to guarantee the constitutional right of access to culture, it was enacted in December 1991 to this Law 8.313/1991 establishing tax relief mechanism and funding for cultural projects. Culture has the power to strengthen the cohesion of minority groups and to arouse in people the respect for difference, and therefore great importance in building a freer society, fair and solidarity, more equal and free from prejudice and discrimination. The Rouanet Law, however, as the data gathered will show, would be acting in the opposite direction of what determines the Federal Constitution, when it favors support for projects located in major urban centers, mainly in the Southeast. Roughly speaking, the law is ineffective, since its effectiveness (compliance, application) causes the opposite effect to that intended when the legislature of its making.

1 Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Tecnólogo em Gestão Pública pelo Instituto Federal do Paraná (IFPR). Professor Colaborador na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Advogado.

2 Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Mestre em Ciências Jurídicas pelo programa de mestrado da Universidade Estadual Norte do Paraná. Atualmente é professor e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica na Faculdade Unilondrina e professor na Faculdade Catuaí. É advogado.

KEY-WORDS: Rouanet Law, Citizenship, Fundamental Rights, Public Policy Cultural Right, Social Inclusion.

DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA

Conceito de cultura

Os indivíduos que compõem determinado grupo social detêm características que formam sua identidade. Comuns a todos eles, tais traços distinguem os que pertencem dos que não pertencem ao povo/multidão/bando. O sentimento de pertencimento, “sentir-se parte”, está intimamente ligado à cultura. Possuir “cultura”, neste sentido, significa é fazer parte de determinado grupo social, ou seja, compor uma coletividade com traços comuns. Daí se extrai a denominação “identidade cultural”.

A cultura detém, neste sentido, o condão de distinguir pessoas pertencentes ou não a determinado grupo, o que denota a importância de sua proteção pelo ordenamento jurídico. No entanto, há possibilidade de se compreender a cultura como um direito fundamental?

Da importância da cultura para as pessoas nasce a necessidade de proteção, o que, por consequência, dá origem à pertinência da pesquisa jurídica. Para entender o contexto em que se desenvolverá o presente trabalho, pertence enveredar em uma investigação acerca da origem do termo “cultura” e de seu significado.

Miguel Reale divide o mundo em “natural” e “cultural”. Segue o conceito de cultura do referido mestre:

(...) 'cultura' é o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si mesmo. É, desse modo, o conjunto dos utensílios e instrumentos, das obras e serviços, assim como das atitudes espirituais e formas de comportamento que o homem veio formando e aperfeiçoando, através da história, como cabedal ou patrimônio da espécie humana. (REALE, 2006, p. 25 e 26)

Pode-se afirmar, diante do exposto, que a cultura de um povo é tudo aquilo que o mesmo produziu, material e imaterialmente ao longo de sua história e que o torna singular, fazendo parte de sua memória e identificando-o perante demais agrupamentos.

A cultura brasileira, sob este prisma, pode ser considerada como o modo de agir e pensar dos brasileiros, ou seja, o conjunto de tudo que o povo brasileiro permanentemente constrói, material e espiritualmente. Segundo Reale, tudo que as pessoas desenvolvem, criam e que não está em estado natural, é cultura.

Ao analisar este verdadeiro processo de construção, há que se esclarecer, não se deve restringir a noção de cultura a apenas o que é autoctonamente produzido em terrae brasilis.

O fenômeno de incorporação de diferentes culturas à cultura nacional não descaracteriza, por si só, a cultura de um povo. É fato notório que culturas estrangeiras foram incorporadas pelo povo brasileiro, sobretudo com a intensificação do fenômeno da globalização no século XX e tais manifestações não podem ser excluídas do repertório cultural nacional, vez que sofreram e sofrem permanente transformação e reinvenção pelas mãos dos brasileiros, tornando-se também uma cultura brasileira.

O processo de apropriação cultural não deve ser confundido com o de “imitação”. A imitação cultural é forma que exterioriza a colonização e alienação. A substituição de costumes típicos por costumes de outros povos de forma imposta, e com tendência a menosprezar o que compõe a cultura local. Este sim deve ser combatido e repudiado, segundo Vannucchi, vez que suprime a cidadania cultural e desmoraliza a identidade brasileira:

A imitação do estrangeiro que inevitável não seria um mal em si, mesmo porque as transplantações culturais vêm associadas, freqüentemente, a fatores de progresso. O mal residia e ainda reside na rejeição de tudo que era nacional e principalmente popular, como sendo ruim, porque impregnado da subalternidade da terra tropical e da inferioridade dos povos de cor. Gerações de brasileiros foram alienadas por esta autenticidade essencial de sua postura, que os tornava infelizes por ser tal qual eram e vexados pelos ancestrais que tiveram. Nessas circunstâncias, a alienação passou a ser a condição mesma da classe dominante, inconformada com seu mundo atrasado, que só mediocrementemente conseguia imitar o estrangeiro e cega para os valores de sua terra e de sua gente. (VANNUCCHI, 2006, p. 14 e15)

Como se observa, a negação do que compõe a memória de um determinado povo é prejudicial e não se assemelha ao que ocorre na apropriação, tendo em vista que, ao invés de “personalizar” o que pertence à outra cultura, nega-se a cultura local ao mesmo tempo em que a substitui por outra.

A proteção ao direito cultural é justamente o combate a negação do que faz parte da cultura brasileira, em todas as suas formas.

Portanto, quando mencionarmos “cultura brasileira” não estaremos nos referindo somente à mistura das culturas européia, indígena e negra ocorrida no período colonial, mas sim, de tudo que é produzido com autenticidade pelo povo brasileiro desde sua gênese até este momento.

Direito à cultura

A proteção de valores culturais, que compreendem todas as obras artísticas, a

culinária, a fé religiosa, o idioma, os costumes, etc., é de suma importância para a construção da cidadania. Isto porque o indivíduo que se sente parte da sociedade reconhece isto a partir da identificação cultural.

Acerca da garantia à cultura na Constituição, observa José Afonso da Silva:

A constituição de 1988 deu relevante importância à cultura, tomando esse termo em sentido abrangente da formação educacional do povo, expressões criadoras da pessoa e das projeções do espírito humano materializada em suportes expressivos, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, que se exprimem por vários de seus artigos (5º, IX, 23, III-V, 24, VII-IX, 30, IX, e 205-217), formando aquilo que se denomina ordem constitucional da cultura, ou constituição cultural, constituída pelo conjunto de normas que contém referências culturais e disposições consubstanciadoras dos direitos sociais relativos à educação e à cultura. (grifo do autor) (SILVA, 2011, p. 342)

Prevê a Constituição Federal da República federativa do Brasil, em seu artigo 23 a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para:

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;
V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; (BRASIL, 1988).

O artigo 24, em seus artigos VII e IX, fixa a competência da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre o tema, e o artigo 30, inciso IX declara ser competência dos município promover a proteção do patrimônio histórico cultural.

Encontram-se nos artigos 205 a 216-A as principais normas constitucionais pertinentes ao direito à cultura. Importante ressaltar que tais previsões sofreram alterações consideráveis com as emendas constitucionais 42/2003, 48/2005 e 72/2012.

O artigo 215 da Constituição Federal foi modificado pela Emenda Constitucional n.º 48 de 2005 e consagrou em seu texto supracitado o princípio da cidadania cultural como direito fundamental.

Os parágrafos que se seguem ao caput do referido artigo destacam a importância da proteção às culturas dos povos indígenas, quilombolas e outras etnias que fazem e fizeram parte da formação da nação brasileira (§ 1.º); a posterior fixação por meio de lei de datas comemorativas significativas para cada segmento étnico (§ 2.º);

Nas palavras de José Afonso da Silva:

[...] o direito à cultura é um direito constitucional que exige ação positiva do Estado, cuja realização efetiva postula uma política cultural oficial. A ação cultural do Estado há de ser ação afirmativa que busque realizar a igualação dos socialmente desiguais, para que todos, igualmente, auferam os benefícios da cultura. (SILVA,

A importância do fomento Estatal para preservação e desenvolvimento da cultura brasileira reside no fato de que deixar que o mercado regule a produção cultural é equivalente a esterilizá-la, vez que inviabiliza a liberdade que estas manifestações requerem. O Poder Público deve através de políticas públicas voltadas para esta finalidade, viabilizar a intensificação das manifestações culturais.

Não há que se falar em perda de autonomia quando se fala em incentivo Estatal à produção cultural, afinal, o princípio da impessoalidade obriga que o administrador público se dispa de quaisquer cores partidárias no exercício da função administrativa, visando exclusivamente o interesse público.

Caberá aos mecanismos de controle constitucionalizados não somente inibir qualquer censura à manifestações culturais que eventualmente desagradem titulares de poder público como também, deverão obrigá-los a incentivar a produção cultural brasileira.

Direitos fundamentais

Por direito fundamental se pode compreender direitos de elevada importância para determinada sociedade que se estabiliza por meio do direito. A Constituição Federal, como norma máxima da expressão normativa de um povo deve fixar direitos fundamentais e organizar instituições oficiais de maneira que tais direitos sejam efetivados.

O termo “direitos fundamentais”, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 29), designa os valores reconhecidos e positivados em uma Constituição de determinado Estado. São direitos fundamentais aqueles garantidos pelo direito constitucional em um lugar e tempo determinados, o que condiciona o surgimento dos direitos fundamentais à existência da organização social via dogmática constitucional.

A lição de Sarlet (2009, p. 37-38) reflete que, embora o surgimento dos direitos fundamentais seja pacificamente considerado moderno, século XVIII, deve-se reconhecer na antiguidade clássica a gênese das ideias filosóficas e religiosas que influenciaram o pensamento jusnaturalista.

Hobbes difundia a ideia do direito positivo como único legitimado para evitar o estado de barbárie decorrente do direito natural, pois acreditava que os motivos que levavam um homem a obedecer uma regra eram dois, primeiro o seu temor a Deus como fonte e origem dos regramentos morais, e em segundo – e mais importante- lugar, o fato de que o

direito natural se baseia em um acordo mútuo entre os homens de que só se pode exigir a obediência a uma regra se o outro também o faz (BOBBIO, 1995, p. 35-36).

Em suma, sem a garantia da existência de um poder central, inquestionável e arrebatador, jamais seria possível a promessa da perpetuação da paz entre os homens. São diversas as justificativas de Hobbes para a necessidade de surgimento de um poder estatal emanador do direito positivo e detentor do monopólio da força, mas todos eles levam em conta a existência prévia de um permanente Estado de guerra civil.

Na modernidade, a fundamentação do Estado atribui aos direitos subjetivos (liberdades individuais) importante função. Isto porque estes criam os limites ou circunscrição dentro da qual os indivíduos podem, justificadamente, empregar sua vontade. Ocorre, assim, nesta forma de compreender a ordem jurídica, uma transformação deontológica que consiste na transferência de imperatividade das normas morais para os mandamentos jurídicos.

Recorrendo a Kant, devido a sua notável importância para a compreensão predominante do direito, esclarece Habermas (2010, p. 156) que, além de compreender o direito como um sistema que garanta liberdades subjetivas em geral, é necessário que estas liberdades sejam iguais, segundo uma lei geral, afinal, as liberdades devem permitir a convivência dos pares. A subordinação da direito à moral deriva do fato de constituir a “lei geral” no princípio do direito. Tal ideia é incompatível, segundo Habermas, com a ideia de autonomia através do próprio direito (2010, p. 157).

Segundo Habermas, os sujeitos que desejam fundar uma sociedade mediada pelo direito devem atribuir-se mutuamente certos direitos básicos. Não derivam direitos fundamentais para este pensador, pois, de uma lei universal eterna, mas sim de um entendimento mútuo racional entre pessoas. Para Habermas o sistema de direitos “deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo” (HABERMAS, 2010, p. 154).

POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA CULTURAL

A ação do Estado ocorre através de estratégias que se traduzem em ações concretas em todos os níveis institucionais de nosso sistema republicano, quais sejam: federal, estadual e municipal. O dever gerado ao Estado pela Constituição, no que diz respeito à garantia da efetivação do direito à cultura, não constitui tarefa simples. Tendo em vista a natureza peculiar do bem jurídico “cultura”, a elaboração de políticas públicas eficientes é um grande desafio.

A peculiaridade reside, principalmente no fato, de que não se pode igualar o incentivo às atividades culturais a outras atividades econômicas. A lei do mercado não pode reger a produção cultural, visto que, tal acontecimento restringiria a liberdade criativa. Esta aporia da política pública cultural é o que instiga a pesquisa deste assunto.

Hely Lopes Meirelles, acerca do conceito de política:

A conceituação de Política tem desafiado a argúcia dos publicistas, sem colher uma definição concorde. Para uns, é ciência (Jellinek e Brunialti), para outros é arte (Burke e Schaeffle). A nosso ver, não é ciência nem arte. É forma de atuação do homem público quando visa a conduzir a Administração a realizar o bem comum. A Política, como forma de atuação do homem público, não tem rigidez científica, nem orientação artística. Rege-se – ou deve reger-se – por princípios éticos comuns e pela solicitação do bem coletivo. Guia-se por motivos de conveniência e oportunidade do interesse público, que há de ser o seu supremo objetivo. (MEIRELLES, 2002, p. 43)

Sob uma ótica constitucionalista, pode-se apontar para um conceito que defina políticas públicas como os planos estatais que objetivas dar efetividade aos programas condicionais contidos no bojo da constituição.

Neste momento o trabalho pretende trazer à baila conceitos de políticas públicas e expor reflexão acerca da Lei Rouanet (Lei nº 8.313/1991).

LEI ROUANET: POLÍTICA PÚBLICA DE CULTURA ATRAVÉS DA RENÚNCIA FISCAL

Editada em 1991, a lei Federal de Incentivo à Cultura, conhecida como Lei Rouanet, instituiu uma nova forma de política pública de cultura no ordenamento jurídico e na gestão pública brasileira ao adotar a renúncia fiscal como meio para realização de verdadeiro mecenato.

Através do incentivo fiscal, o mecanismo normativo tem como escopo, dentre outros efeitos, contribuir para a ampliação do acesso às fontes culturais, ao pleno exercício do direito cultural, a promoção da regionalização da produção de cultura e a proteção das expressões culturais dos grupos que formam a sociedade.

A seguir analisaremos mais detidamente o inciso dois da referida lei, que fixa como

seu objetivo a promoção da regionalização da produção cultural e artística do país, com valorização dos recursos humanos locais.

Objetivos e funcionamento da Lei Rouanet

A Lei nº 8.313/1991 fez parte do Programa Nacional de incentivo à Cultura, um plano de governo que visava ao financiamento privado das políticas públicas culturais. Os objetivos foram fixados em seu art. 1.º, onde se localiza, no inciso II, o objetivo de “promover e estimular a regionalização da produção cultural e artística brasileira, com valorização de recursos humanos e conteúdos locais”.

A lei é um mecanismo que visa financiar e sobretudo incentivar a cultura no país por meio de estímulo à difusão cultural, diversidade regional e etnocultural, conservando o patrimônio histórico e artístico brasileiro. Para tanto, a lei permite que empresas e pessoas que aplicarem uma parte de seu Imposto de Renda em ações culturais possam usufruir de benefícios, notadamente a isenção fiscal de parte do montante investido em cultura.

O processo envolve a aprovação prévia do projeto pelo Ministério da Cultura, e as áreas beneficiadas pelo patrocínio são variadas, incluindo espetáculos teatrais, de dança, musicais, filmes, audiovisuais, exposições, literárias, imprensa, artes plásticas, revistas, cursos e oficinas culturais etc. Juntamente com a aprovação da lei em comento, foi instituído o Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC), que promove a exibição, utilização e circulação pública dos projetos, no sentido de evitar que o alcance dos mesmos fique restrito a circuitos privados.

Na prática, a pessoa física ou jurídica apresenta um requerimento por meio do Sistema de Apoio às Leis de Incentivo à Cultura (SALIC) para obter os benefícios oriundos da Lei Rouanet. Após, o Ministério da Cultura realiza exame de admissibilidade e o requerimento se torna um projeto, encaminhado para a Comissão Nacional de Incentivo à Cultura, e esta comissão recomenda a aprovação/reprovação do projeto ao MinC. Aprovado, o apoio pode se dar em forma de doação ou patrocínio³.

A não efetivação do objetivo fixado no inciso II da Lei Rouanet

Aspecto relevante a ser analisado no presente trabalho é o mecanismo eleito pelo legislador para viabilização financeira dos projetos culturais. O art. 18 da Lei Rouanet faculta

3 Informações disponíveis em <http://www.cultura.gov.br/projetos-incentivados1>. Acesso em 11 JUN 2016

a opção de aplicação de seu imposto de renda a pessoas jurídicas (limite máximo de 4%) e pessoas físicas (limite máximo de 6%). Para que um projeto cultural tenha acesso a esse recurso financeiro deve submeter-se ao crivo do Ministério da Cultura e ser aprovado por uma comissão de técnicos - Comissão Nacional de Incentivo à Cultura (Cnic).

Dados divulgados pelo Ministério da Cultura em fevereiro de 2013 informam que a previsão da renúncia fiscal para aplicação em projetos através da Lei Rouanet para este ano eram de R\$ 1.791.564.549 (um bilhão, setecentos e noventa e um milhões, quinhentos e sessenta e quatro mil, quinhentos e quarenta e nove reais).⁴

Uma quantia relevante de recursos que seriam públicos e que, portanto, deveriam ser aplicados obedecendo aos princípios do direito financeiro e administrativo, notadamente aos da supremacia do interesse do público e indisponibilidade do interesse público. No entanto, a distribuição deste recurso se mostra por demasiado desigual, favorecendo à concentração da aplicação de incentivos nos grandes centros, justamente onde a atividade cultural já se mostra intensa e menos carente de incentivo.

Grandes espetáculos teatrais são montados em grandes cidades, produções cinematográficas com atores consagrados, entre outros projetos culturais de grande porte, são aprovados pelo Ministério da Cultura e habilitados para captar recursos que seriam arrecadados a título de impostos pelas empresas. (GAMA, 2013, p. 115)

Esta categoria de empreendimento cultural atrai os departamentos de marketing das grandes corporações, pois significam grande exposição de suas marcas. A contrário senso, empreendimentos culturais em pequenos municípios do interior sofrem imensa dificuldade para captar recursos através da Lei Rouanet o que acentua a desigualdade regional que preexistia à criação da lei.

Em suma, o instrumento normativo é antiefetivo, ao passo que sua eficácia (aplicação) produz efeito contrário ao programa finalístico, (meio-fim), conforme ensina Cambi:

a eficácia diz respeito à concretização do “programa condicional”, isto é, do vínculo “se-então”, abstrata e hipoteticamente previsto na norma legal. Já a efetividade concerne à implementação do “programa finalístico” que orientou a atividade legislativa ou a concretização do vínculo “meio-fim” que decorre, abstratamente do texto legal. Por exemplo, uma lei, destinada a combater a inflação será efetiva, quando a inflação for reduzida, relevantemente, por força de sua eficácia (observância, aplicação, execução, uso). A mesma lei pode ter eficácia sem efetividade. (v.g., a lei pode ser observada, mas não gerar nenhuma modificação significativa no aumento dos preços) ou ter eficácia e ser antiefetiva (v.g., ser

4 Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/documents/10895/123362/Relat%C3%B3rio.pdf/e253c9e4-ba00-4d9f-bd5e-51ba234004fa>. Acesso em 11 JUN 2016.

observada, mas provocar alta de preços). (grifos do autor) (CAMBI, 2009, p. 18)

A Lei é aplicada, mas os bens culturais continuam sendo de difícil acesso e/ou produção aos que residem em locais distantes das grandes cidades e isso se deve ao fato de que as empresas, maiores fontes de recurso para os projetos através da Lei Rouanet, enxergaram no mecanismo legal uma oportunidade de publicidade gratuita.

DESIGUALDADE REGIONAL E O PROBLEMA DA LEI ROUANET

A desigualdade regional é sério problema que assola o Brasil desde sua colonização. A exploração da região Nordeste causou um intenso processo de desertificação sentido pela sociedade brasileira até os dias de hoje, problema que se torna maior quando somado à concentração de riqueza. (CARVALHO, 2002, p. 22)

Constatado este entrave ao pleno desenvolvimento do Estado, identificou o constituinte pátrio, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a erradicação da pobreza e a marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais. (art. 3º, III, CF)

Identificado com o programa constitucional, previu o legislador ordinário na Lei nº 8.313, em seu art. 1º, na qualidade de objetivo da norma, a promoção e estímulo à regionalização da produção cultural e artística brasileira, com valorização de recursos humanos e conteúdos locais.

No entanto, os dados divulgados pelo próprio ministério da Cultura revelam que o objetivo da lei não é atingido. As regiões que mais necessitam do apoio governamental, ou seja, aquelas cujo cenário cultural não pode depender do apoio da iniciativa privada pelo simples fato de suas economias não serem muito desenvolvidas, são as que menos captam recursos através da Lei Rouanet. (GAMA, 2013, p. 115)

Desde 1993 até 2013, estima-se que cerca de 11,6 bilhões de reais tenham sido aplicados em projetos aprovados na Lei nº 8.313. Deste total, 80% foram captados na região sudeste. É uma consequência lógica: as empresas, maiores investidores, estão localizadas na região economicamente mais desenvolvida do país e utilizam o apoio a projetos culturais como estratégia de marketing. (GAMA, 2013, p. 116)

O dinheiro público, assim, financia os projetos que a iniciativa privada quer, e onde ela quer. A supremacia do interesse público, o objetivo constitucional, o interesse das regiões historicamente e insistentemente desassistidas são relegadas a segundo plano, ao fundo do

palco, estrelado pelas grades produções do eixo Rio-São Paulo.

Não se pode, no entanto, simplesmente atribuir à concentração das empresas e recursos na região Sudeste o fator maior de falha na distribuição e equidade nos projetos contemplados. Isso se deve, em maior grau, pela falta de planejamento da própria lei, ao deixar de criar um mecanismo de distribuição justa dos projetos contemplados, o que seria plenamente possível.

Ora, se as empresas privadas se localizam em sua maioria nesta região, é natural que a concentração e projetos ocorra majoritariamente ali, porém, tarefa mais difícil é explicar o investimento das empresas públicas na mesma região.⁵

Se as empresas estatais estão contemplando projetos provenientes da região sudeste na mesma proporção que as empresas públicas, conclusão lógica é que estão utilizando os mesmos critérios mercadológicos para submeter e consequentemente os projetos, qual seja, a concentração geográfica das empresas. A lei deveria possuir um mecanismo que, em maior ou menor grau para as empresas públicas e privadas, tornasse igualitário o acesso à cultura, e não simplesmente utilizar de critérios mercadológicos para submissão e aprovação de projetos.

As empresas estatais patrocinam aproximadamente 25% em recursos do total angariado pela sistemática da Lei Rouanet⁶, ou seja, um volume bastante significativo. Assim sendo, uma política voltada a distribuir os recursos mais igualmente entre as regiões do país, mais especificamente obrigando as empresas públicas (e mesmo as privadas) a destinarem uma porcentagem dos recursos oriundos da contraprestação pela isenção fiscal recebida nas regiões contempladas minoritariamente, seria o mais adequado.

Somados os incentivos da Lei Rouanet pelas empresas públicas durante o governo Lula, por exemplo, as regiões Norte, Nordeste, Centro Oeste e Sul ficaram com apenas 23% dos investimentos⁷.

Segundo José Carlos Durant, é preciso atender à demanda por cultura baseado em rigor estatístico, e não em critérios de mercado, e cita como exemplo a política de cultura dos

5 Segundo o próprio MinC, 80% os projetos patrocinados pelo setor privado são provenientes da região Sudeste, e 75% dos projetos patrocinados por empresas do setor público são da região Sudeste também. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/empresadoredorsocial/ult10130u863594.shtml>. Acesso em 11 JUN 2016.

6 Dos cerca de R\$ 902 milhões captados pela lei Rouanet, aproximadamente R\$ 227,5 milhões partiram de seis estatais, como Petrobras, Banco do Brasil, Eletrobrás, Caixa Econômica Federal, Correios e BNDES. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/empresadoredorsocial/ult10130u863594.shtml>. Acesso em 11 JUN 2016

7 Segundo dados do MinC, a região nordeste ficou com pouco mais de 10% da fatia dada pelo mecenato estatal, seguido pela região Sul (7%). O Centro-Oeste teve menos de 5%, e o Norte representou somente 1% do total de projetos patrocinados por empresas públicas

Estados Unidos:

Em países onde o controle popular sobre o orçamento de governo se firma no princípio da “responsabilização“ (accountability) – como os Estados Unidos –, o financiamento de todo e qualquer programa ou projeto deve considerar suas consequências sobre a melhoria do acesso (access), entendida aí a ampliação de público, ou modificação em sua composição social para estratos menos favorecidos, ou melhoria de repertórios de gosto. Naquele país, tal cuidado não se aplica apenas a verbas de governo, mas também é critério cada vez mais determinante nas decisões das fundações e das corporações empresariais (DURANT, 2013, p. 28).

Nesse contexto, é preciso se desapegar de receios como a velha dicotomia entre o liberalismo e o dirigismo Estatal e observar que, estatisticamente, a cultura não vem sendo distribuída de forma igualitária. Não se pode crer que somente os grandes centros como o eixo Rio-São Paulo, por manifestarem através das empresas maior interesse em projetos destinados a cultura, sejam contemplados de forma tão majoritária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de realizar no plano fático o ideal normativo fixado no texto constitucional cria para o Estado, no tocante aos direitos fundamentais sociais, a obrigação de agir, o que se dá por meio de políticas públicas.

O direito fundamental à cultura está garantido pela dogmática constitucional pátria, o que torna sua proteção e materialização tarefa da esfera de governo. A ação estatal, neste sentido, ocorrerá através de estratégias planejadas a fim de que seja proporcionado à sociedade civil, não somente o consumo de bens culturais, mas também um ambiente favorável à preservação das características culturais próprias e a produção permanente de manifestações culturais.

Observou-se com a presente pesquisa que a Lei Rouanet consiste em importante instrumento de financiamento de projetos culturais através de renúncia fiscal mas que possui problemas que merecem atenção para que sua própria finalidade seja atingida.

O objetivo fixado no art. 1º, inciso II, qual seja o de “promover e estimular a regionalização da produção cultural e artística brasileira, com valorização de recursos humanos e conteúdos locais” não é, atingido, como comprovam dados apurados. Isto porque, não obstante muitos recursos sejam viabilizados para os projetos aprovados pelo órgão competente, as empresas, públicas e privadas, e pessoas físicas, a quem cabe a aplicação direta do dinheiro, não optam, na maior parte das vezes, por fomentar atividades nas regiões mais afastadas dos grandes centros urbanos, das regiões mais desenvolvidas do país.

O problema mais evidente na lei é a concentração de aplicação dos recursos no eixo Rio de Janeiro – São Paulo. A região, por questões de ordem histórica, mais desenvolvida e, conseqüentemente, mais favorecida culturalmente visto que artistas mais facilmente obtêm recursos através de sua arte onde há mais intensa atividade econômica, representa a região que mais recursos capta através da Lei Rouanet. De outra sorte, a região norte foi beneficiada com apenas 1% dos recursos aprovados através da lei.

Os dados provam que, ao contrário do que objetiva a lei, o incentivo à cultura local desprovida de apoio, devido à falta de apelo comercial, continuou sem apoio, visto que, quem decide quais projetos receberão recursos é a iniciativa privada. Ocorre, assim, uma espécie de “privatização” da política cultural, vez que a faculdade de destinação do recurso proveniente de renúncia fiscal, que seria público, pertence à iniciativa privada no sistema criado pela Lei Rouanet.

É patente, desta feita, a necessidade de revisão desta política pública, para que não só seus objetivos, mas o objetivo Constitucional, sejam respeitados e perseguidos com razoabilidade e afinco.

Partindo da premissa de que os recursos captados pelos produtores culturais através da renúncia fiscal é dinheiro, que comporia o erário e que, portanto, faria parte do orçamento da União, sendo dividido para todas as regiões do país, parece-nos razoável que a destinação destes recursos pelas empresas seja regulada de tal forma que a pulverização do mesmo ocorra no sentido de contemplar todas as regiões da federação. A faculdade de investimento nos projetos culturais, que hoje é guiada majoritariamente pela lógica de mercado, o que, com já demonstrado, apenas acentua a situação de desigualdade e exclusão social, deve ceder espaço ao valor da responsabilidade social. É necessário que haja vinculação dos recursos do mecenato a uma distribuição regional, que cotize, baseando-se no critério regional, os patrocínios. Sugere-se, para tanto, a regulamentação da captação dos recursos da Lei Rouanet obrigando as empresas patrocinadoras a destinar os recursos, que seriam pagos a título de impostos federais, a todas as regiões do país.

A reflexão acerca do posicionamento do direito à cultura, na qualidade de direito fundamental, foi objetivo deste trabalho para modestamente colaborar na construção de uma bibliografia que possa fundamentar novos avanços na construção social brasileira.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. Cidadania e direitos civis. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 877, 27 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7629>>. Acesso em: 5 set. 2011.

_____. Constituição e participação popular: A construção histórico discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. Ver. e atual, São Paulo: Saraiva, 2007.

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZEVEDO, Sílvio Murilo de Melo. Introdução à filosofia do direito. Teixeira de Freitas: Fundação Francisco de Assis, 2007.

BOBBIO, Norberto. A teoria das formas de governo, Trad. Sérgio Beth, 10.ª edição. Editora Universidade de Brasília. Brasília, 1997.

_____. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. 6. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

_____. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. 2. Ed. São Paulo, Icone Editora, 1995.

BONESSO, Allaymer Ronaldo R. B.. Orçamento Participativo, Cidadania e Direitos Humanos: uma visão jurídico-política. 2006. Disponível em: http://uenp.edu.br/index.php/dissertacoes-defendidas/doc_view/1966-allaymer-ronaldo-r-d-bonesso Acesso em: 11/11/2013

BONFIM, Eduardo - Revista Princípios. Edição 70, AGO/SET/OUT, 2003, páginas 78, 79.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988, 1ª edição. Editora Juarez de Oliveira. São Paulo-SP, 2002.

CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andrea B.; BRITO, Fernando de Azevêdo Alves. Direitos Fundamentais Revisitados. Editora Juruá. São Paulo, 2010.

CARVALHO, Alysson (org.) Políticas Públicas. Editora UFMG Belo Horizonte, Proex, 2002.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil. O longo Caminho. 3ª ed. Editora Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2002.

COELHO, Simone de Castro Tavares. Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos. 3ª EDIÇÃO. Editora SENAC. São Paulo. 2000.

COSTA, Ilton Garcia in SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (coord.). Responsabilidade social das empresas. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.

- DRUCKER, Peter F. Sociedade Pós Capitalista. São Paulo: Pioneira, 1999.
- DURAND, José Carlos. Política Cultural e Economia da Cultura, Edições Sesc, São Paulo, 2013.
- DURÃO, Pedro – Convênios & Consórcios Públicos: Gestão, teoria, prática. Editora Juruá, 2005.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDES, Tomás-Ramón. Curso de Direito Administrativo. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito Constitucional: Liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri, SP: Manole, 2007.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo, 9.^a Edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2008.
- GAMA, Rinaldo. Quanto vale o show? Revista Veja, Edição 2348. 20 de novembro de 2013. p.112-119. São Paulo, 2013.
- GARCIA, Maria. Desobediência civil: direito fundamental. 2.^a ed. rev. at. e aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- JUSTEN Filho, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005
- LIMA, Alceu Amoroso. Os Direitos do Homem e o Homem sem Direitos. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1974.
- LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. Tradução Anoar Aiex. Coleção Os pensadores. Editora Nova Cultural, São Paulo, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes: Direito Administrativo. Editora Malheiros. 37.^a edição. São Paulo, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 28.^a edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2011.
- MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. 24.^a Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal comentada e legislação constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Manual da Monografia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLANDA, Elson Rodrigues. Ateliê Geográfico. Volume 2, nº 2. Agosto de 2008. p. 183-191. Goiânia 2008.

REALE, Miguel – Noções preliminares de Direito. 27.^a edição reajustada. Editora Saraiva. São Paulo, 2006.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; BERARDI, Luciana Accorsi (coords.). Poder local e processo legislativo municipal na Constituição de 1988. São Paulo: IOB Thomson, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros. São Paulo, 1992.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. Curso de Direito Constitucional. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VANNUCCHI, Aldo. Cultura brasileira. 4^a edição. Edições Loyola, São Paulo, Brasil, 2006.

VIEIRA, Liszt, Cidadania e Globalização. 8.^a edição. Editora Record. Rio de Janeiro, 2005.

VIOLIN, Tarso Cabral. Peculiaridades dos convênios administrativos firmados com as entidades do terceiro setor. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 833, 14 out. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7421>>. Acesso em: 31 ago. 2011.

Site: MINISTÉRIO DA CULTURA, 2013

<http://www.cultura.gov.br/documents/10895/123362/Relat%C3%B3rio.pdf/e253c9e4-ba00-4d9f-bd5e-51ba234004fa> - Acesso em 01/12/2013.

DIREITOS HUMANOS NO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE – CASO GOMES LUND E LEI DA ANISTIA

Vivianne RIGOLDI¹
Archimedes DIAS NETO²

RESUMO

As temáticas do controle de convencionalidade, e da eficácia e aplicação dos tratados de Direitos Humanos foram colocadas em evidência quando do julgamento do Caso Gomes Lund, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tal caso tem grande importância pois teve decisão diversa de uma anteriormente dada pelo Supremo Tribunal Federal: a da ADPF nº 153. Desse modo, em razão da aparente colisão de ambas decisões, o papel do presente artigo foi analisar o conteúdo delas, levando em conta aspectos estritamente jurídicos e institutos de Direitos Humanos (como ramo do Direito), notadamente o controle de convencionalidade e a teoria do duplo controle. Buscando, assim, dar o real alcance das decisões e demonstrar o nível de harmonia entre elas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos. Humanos. Corte. Interamericana.

ABSTRACT

The themes of the conventionality control, and the effectiveness and implementation of human rights treaties were placed in evidence when the trial of the case Gomes Lund, of the Inter-American Court of Human Rights. This case is of great importance because it had different decision from a previously given by the Supreme Court: the ADPF nº. 153. Thus, because of the apparent collision of both decisions, the role of this study was to analyze the contents from them, leading account strictly legal aspects and human rights institutes (as a branch of law), notably the control of conventionality and the dual control approach. Seeking, thus, give the real scope of the decisions and demonstrate the level of harmony between them.

KEY-WORDS: Human. Rights. Inter-American. Court.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca abordar a temática de Direitos Humanos, em especial a

-
- 1 Doutoranda em Direito área de concentração Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino ITE-Bauru. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho-UNESP. Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha. Graduada em Direito. Vice-coordenadora do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília. Docente titular da disciplina de Direito Constitucional. Membro do Conselho de Curso, do Núcleo Docente Estruturante da Graduação em Direito e do CEPE - Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão do UNIVEM. Editora Científica da Revista EM TEMPO (Qualis B3). Pesquisadora cadastrada no CNPq na área de Políticas Públicas e Direitos Fundamentais. Tem experiência em gestão acadêmica e docência superior na área do Direito, atuando em Direito Constitucional, Sociologia do Direito, Direitos Humanos e Legislação da Educação.
 - 2 Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília.

harmonia entre normas de direito interno e normas de direito internacional. Para tanto realizará uma análise em específico do comportamento dos tribunais ao se depararem com esses casos, ou seja, ao terem que decidir sobre violações a Direitos Humanos³.

Buscar-se-á, assim, a interpretação e aplicação que esses diferentes tribunais dão às diferentes “espécies normativas⁴”.

Para que se tenha desde logo quais são os “objetos” dos quais se verificará a harmonia, explica-se que considerar-se-á “Direitos Humanos” como as normas internacionais, e “Direitos Fundamentais” como as normas de direito interno; ambas contendo em comum o fato de serem protetoras de direitos básicos da pessoa humana.

Em paralelo aos “objetos” (normas) acima referidos, cabe mencionar também os “sujeitos” da aplicação (tribunais). Trata-se do Supremo Tribunal Federal, tribunal interno; e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tribunal internacional responsável pelo julgamento de violações de Direitos Humanos, ao qual o Brasil é submetido.

Essa análise será feita em uma temática específica: a Lei da Anistia (Lei 6.683/79), que se mostra perfeita ao estudo proposto, porquanto nessa temática houve decisão nos dois planos, interno e internacional, ou seja, tanto no Supremo Tribunal Federal (STF) pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, quanto na Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil.

Em suma, busca-se reafirmar uma “consciência da necessidade de prevenir ou evitar conflitos entre as jurisdições internacional e nacional” (TRINDADE, 1991, p. 13), o que, para Trindade houvera contribuído decisivamente⁵ “Para a superação dos velhos e infundados temores” (TRINDADE, 1991, p. 13), referindo-se à evolução da matéria.

A pesquisa será realizada sob o método dedutivo, partindo da explicitação do que venha a ser Controle de Convencionalidade e a Teoria do Duplo Controle, institutos jurídicos de controle das normas de Direitos Humanos; e adiante tratar-se-á da ADPF nº 153, e do caso Gomes Lund, desaguando na averiguação da harmonia de ambas decisões.

3 “Direitos Humanos” utilizado aqui como expressão genérica, e não especificamente como normas internacionais de proteção básica à pessoa humana.

4 Coloca-se entre aspas tal expressão por não ser tecnicamente correta, pois serão analisados Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, que a rigor não são “espécies normativas” distintas, tendo como diferencial o seu nascedouro, como será adiante ligeiramente explicitado.

5 Em conjunto com a consciência da necessidade de “compatibilizar os dispositivos convencionais e de direito interno” (TRINDADE, 1991, p. 13).

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O controle de convencionalidade é um instituto jurídico que visa a manter a compatibilização vertical das normas de Direito interno com as normas de Direito internacional protetoras de direitos humanos⁶ (MAZZUOLI, 2011, p. 379).

O ineditismo de sua utilização no Brasil é auto atribuído a Valério de Oliveira Mazzuoli, que afirma ter trazido tal terminologia ao Brasil em sua tese de doutorado em 2008 (MAZZUOLI, 2011, p. 379).

Contudo, embora demonstre ser recente a utilização dessa terminologia, essencialmente tal instituto não é novo no direito brasileiro, pois antes da utilização da terminologia já havia controle de compatibilidade vertical tendo como parâmetro normas internacionais de direitos humanos, ainda que realizada sob a nomenclatura de controle de legalidade ou controle de constitucionalidade.

Ao se ter em conta, agora, da existência de um controle de convencionalidade, há que o distinguir do controle de constitucionalidade, e elencar os seus pontos em comum. Para que se realize tal tarefa, é importantíssimo ter em mente o “grau hierárquico” atribuído aos tratados de direitos humanos no ordenamento interno, conforme afirma Piovesan (2014, p. 148):

O pressuposto básico para a existência do controle de convencionalidade é a hierarquia diferenciada dos instrumentos internacionais de direitos humanos em relação à legalidade ordinária. A isto se soma o argumento de que, quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa-fé.

Denota-se, portanto, que o grau hierárquico superior ao tratado de direitos humanos serve como requisito para a existência do controle de convencionalidade em determinado sistema.

Assim sendo, tomemos como premissa o fato de que no Brasil os tratados de direitos humanos podem ter nível constitucional, ou supralegal⁷, a depender de sua aprovação ter tomado o rito do §3º do artigo 5º da Constituição Federal. No que diz respeito aos que adotaram o citado rito especial, a Constituição é clara ao afirmar que equivalem às emendas constitucionais.

Por sua vez, os demais tratados, firmados antes do acréscimo do §3º ao artigo 5º da

6 Em outra passagem, defendendo que a consequência jurídica para a citada incompatibilidade é a “invalidade”, Mazzuoli (2009, p. 115) afirma que “[...]a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna *inválidas* as normas jurídicas de direito interno.”

7 Fato que sustenta a “Teoria do Duplo Estatuto”.

Constituição Federal, ou ainda, os firmados posteriormente sem seguir o rito de tal dispositivo, possuem caráter supralegal, tese essa advinda de construção jurisprudencial especialmente afirmada no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP.

Mazzuoli é adepto da doutrina que faz a diferenciação entre tratados materialmente constitucionais e tratados material e formalmente constitucionais. O §2º do artigo 5º da Constituição Federal é o dispositivo que torna um tratado materialmente constitucional, dispõe o seguinte:

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:

[...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[...] (BRASIL, 1988)

Portanto, todos os tratados de direitos humanos adotados pelo Brasil seriam materialmente constitucionais, sendo que somente alguns deles seriam, além de material, também formalmente constitucionais, que é o caso dos que adotaram o rito especial (art. 5º, §3º da Constituição Federal) (MAZZUOLI, 2011, p. 379-380).

Nessa linha, o autor explicita também que os primeiros (somente materialmente constitucionais) seriam parâmetro somente do controle de convencionalidade difuso; ao passo que os segundos (formal e materialmente constitucionais) seriam parâmetro tanto do controle difuso, como do controle concentrado de convencionalidade (MAZZUOLI, 2011, p. 380).

Pois bem, a Constituição Federal, quando expressa em seu art. 5º, §3º, que os tratados de direitos humanos “serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 2004), traz à tona uma interessante problemática.

Os tratados de direitos humanos que seguirem o rito especial serão equivalentes às emendas, e, portanto, farão parte da própria Constituição Federal⁸; desse modo há que se saber se tais tratados serão utilizados como parâmetro de um controle de constitucionalidade, ou de convencionalidade.

Nesse tema Mazzuoli (2011, p. 380) afirma que “[...] apenas quando existe afronta à Constituição mesma é que pode haver controle de constitucionalidade propriamente dito.” e, portanto, chega à conclusão de que quaisquer tratados de direitos humanos serão parâmetro de controle de convencionalidade. Mais adiante, ademais, sugere uma espécie de via processual,

8 Quando o farão, também, parte do bloco de constitucionalidade restrito (RAMOS, 2015, p. 319).

a “Ação direta de Inconvencionalidade” (MAZZUOLI, 2011, p. 381), e as correspondentes “versões” desse tipo de ação nas demais que realizam controle de constitucionalidade.

André de Carvalho Ramos (2015), por sua vez, traz enfoque diferente ao tema, com uma outra subcategorização, que diz respeito ao âmbito em que é realizado o controle.

Conceituando o controle de convencionalidade como “análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais [...]” (RAMOS, 2015, p. 231), Ramos (2015, p. 321) o divide em: i) controle de convencionalidade de matriz internacional (autêntico, definitivo); e ii) controle de convencionalidade de matriz nacional (provisório, preliminar)⁹.

Ressalta-se que a nomenclatura dada é de extrema importância, haja vista que indica o caráter “principal” do controle de matriz internacional, e assim é que tem que ser, porquanto se trata de norma de Direito Internacional Público, exigindo-se que haja uma uniformidade de interpretação e aplicação¹⁰.

Nesse sentido, denota-se que o controle há que ser realizado com proeminência (e não exclusividade) pelas cortes internacionais que possuem incumbência de aplicar as normas de Direitos Humanos.

Portanto, o que se realiza internamente não seria a rigor um controle de convencionalidade¹¹, este realizado pelas cortes internacionais. Ramos afirma, também, que “[...] é na realidade, um controle nacional de legalidade, supralegalidade ou constitucionalidade, a depender do estatuto dado aos tratados incorporados.” (2015, p. 321).

Nessa toada, inclusive, um tribunal internacional pode chegar à conclusão diversa da do tribunal interno (RAMOS, 2015, p. 322), sendo esta justamente a situação que nos deparamos com a apreciação da Lei da Anistia, onde houve divergência de entendimento entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ainda, expondo as diferenças entre ambos os controles (de matriz nacional e internacional), Ramos (2015, p. 322-323) destaca que o objeto de controle pode ser diverso,

9 Mazzuoli, ainda que não dê esse mesmo enfoque, também admite que o controle de convencionalidade seja realizado no campo internacional: “[...] não somente os tribunais internacionais devem realizar o controle de convencionalidade (para além do clássico controle de constitucionalidade). Mas também os tribunais internacionais [...]” (MAZZUOLI, 2009, p. 129)

10 Que viria a desaguar na segurança jurídica.

11 No sentido de não ser o campo proeminentemente apropriado para ditar o alcance das normas internacionais, sem descartar que se trata de um exercício de compatibilização vertical, e que, Ramos, inclusive, não chega a afirmar não se tratar de um controle de convencionalidade.

ao passo que as normas constitucionais originárias não submetem ao controle de convencionalidade nacional, podendo, contudo, submeterem-se ao controle das cortes internacionais¹².

Em vista disso, podem ocorrer colisões entre interpretações e, máxime, entre decisões de cortes internas e internacionais. Tal situação, ainda que talvez possa ser solucionada pela “Teoria do Duplo Controle”, conforme adiante se verá, traz grandes celeumas, e nessa seara Ramos (2015, p. 324) dispõe que:

É claro que o controle nacional é importante, ainda mais se a hierarquia interna dos tratados for equivalente à norma constitucional ou quiçá supraconstitucional. Porém, esse controle nacional deverá obedecer à interpretação ofertada pelo controle de convencionalidade internacional, para que possamos chegar à conclusão de que os tratados foram efetivamente cumpridos. Assim, a interpretação do conteúdo das normas sempre será uma fissura aberta entre os controles judiciais nacionais e o controle de convencionalidade internacional.

Assim, fica clara a “fissura” que pode ser gerada com eventual atrito, devendo haver meios pelos quais se dedique uma plena harmonia entre ambos os tribunais, surgindo, assim, a necessidade de que se tome conhecimento da Teoria do Duplo Controle.

TEORIA DO DUPLO CONTROLE

A Teoria do Duplo Controle visa a dar uma efetividade das normas protetoras de Direitos Humanos, não deixando de lado, contudo, o seu viés pacificador entre os ordenamentos interno e internacional.

Cabe em um primeiro momento traçar um paralelo ao que é tido como Duplo Controle e “primazia da norma mais favorável à vítima”. Tratam-se de duas máximas orientadoras dos Direitos Humanos que devem sempre andar juntas, mas que, contudo, não se confundem.

Ao se falar em Duplo Controle está a se tratar de um aspecto formal (processual) de exigência de análise dupla de compatibilização vertical de normas (tendo como parâmetro a norma de Direitos Humanos).

Por sua vez, a “primazia da norma mais favorável à vítima” é um viés material, de fundo, que serve como mandamento de sempre utilizar a norma mais benéfica, sem uma prévia concepção de superioridade da norma interna ou da norma internacional, ou seja:

No presente domínio de proteção, não mais há pretensão de primazia do direito internacional ou do direito interno, como ocorria na polêmica clássica e superada

12 Outrossim, “A prática reiterada dos Estados e das Cortes Internacionais é considerar o Direito Interno um mero fato, que expressa a vontade do Estado” (RAMOS, 2015, p.294)

entre monistas e dualistas. No presente contexto, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. (TRINDADE, 2003, p. 542)

Tal acepção tem normatividade em diversos tratados de Direitos Humanos (inclusive na Convenção Americana), bem como na Constituição Federal, que conta com uma cláusula aberta de recepção em seu art. 5º, §2º.

Outrossim, tem-se que “a primazia da norma mais favorável à vítima” gera como efeito mandamental um “Diálogo das Fontes”, ao passo em que o Duplo Controle tem como consequência um “Diálogo entre as Cortes”¹³.

Pois bem, delineado o paralelo entre essas duas acepções, retoma-se a Teoria do Duplo Controle, propriamente.

Em suma, constatando esse fenômeno no Brasil, Ramos destaca que há uma “dupla garantia”, esta que se subdivide no controle de constitucionalidade e no controle de convencionalidade, que se realizam, respectivamente, interna e internacionalmente; frutos de “uma separação de atuações, na qual inexistiria conflito real entre as decisões porque cada Tribunal age em esferas distintas e com fundamentos diversos” (RAMOS, 2014, p. 408)¹⁴.

Ao que já pode se constatar, o Duplo Controle mostra-se totalmente necessário à aplicação eficaz das normas internacionais de Direitos Humanos, resultando não somente em uma maior proteção do ser humano, mas também na reafirmação da competência das cortes internacionais, que a contrario sensu (não havendo o duplo controle), teria na prática uma subordinação vinculada aos tribunais internos.

Outrossim, a inexistência do Duplo Controle resultaria em uma alegação de julgamento interno para se furtar à responsabilização internacional¹⁵, tendo como pressuposto decisão interna que expressa o seu próprio ponto de vista (do Estado), indo de encontro à norma geral de Direito Internacional Público, que determina que: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. [...]” (BRASIL, 2009).

Portanto, já revelado o conteúdo e a importância do duplo controle, analisaremos as

13 Tendo como base aqui um conceito ligeiramente mais amplo do que o dado por Ramos ao “Diálogo das Cortes”, que leciona ser a concepção (e concretização) pelos tribunais internos do quanto discutido e decidido pelos Tribunais Internacionais (RAMOS, 2014, p. 404-407), mencionando sobre a “necessidade de compatibilização entre o resultado do controle de convencionalidade nacional com o decidido no controle de convencionalidade internacional” (RAMOS, 2014, p. 405).

14 Sem embargo de já ter afirmado, também, a existência de um controle de convencionalidade de matriz nacional (RAMOS, 2015, p. 321)

15 Art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

decisões proferidas em relação à Lei da Anistia, pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, buscando verificar a ocorrência desse duplo controle e do controle de convencionalidade.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153

Opta-se em primeiro tratar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153 pela questão cronológica, tendo em vista que seu julgamento ocorreu antes do Caso Gomes Lund, ou seja, respectivamente, 29 de abril de 2010, e 24 de novembro de 2010.

A espécie processual eleita para se discutir a constitucionalidade da Lei da Anistia fora a ADPF. Tal ação serve a “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (BRASIL, 1999), conforme dispõe o artigo 1º da Lei nº 9.882/99.

O “ato do Poder Público”, no caso, seria a Lei nº 6.683/79 (Lei da Anistia)¹⁶, em especial o §1º de seu art.1º que segundo o autor da ação (Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil) seria inconstitucional por estender a anistia a agentes públicos e resultar em uma “auto anistia”.

Ressalta-se que não poderia ser proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade porquanto a Lei então atacada é anterior à Constituição Federal de 1988, e nesse caso a análise de constitucionalidade dar-se-ia no campo da recepção da norma, o que é feito em sede de ADPF. Melhor esclarecendo isso, temos o voto do relator no caso (Eros Grau):

A este tribunal incumbe, na arguição de descumprimento de preceito fundamental, aferir a compatibilidade entre textos normativos pré-constitucionais e atos normativos municipais e a Constituição, se e quando controversa tal compatibilidade, desde que não seja possível, a fim de que se a questione, a propositura de ação direta ou de ação declaratória. [...] (BRASIL, 2010)

Desse modo, a ação tinha como escopo aferir a compatibilidade entre o dispositivo legal e a Constituição, portanto, uma análise abstrata da norma, sem que fosse levado a juízo um caso concreto¹⁷.

A arguição então proposta teve com base petição inicial que, segundo decisão da Corte¹⁸ (BRASIL, 2010), continha duas linhas de argumentação, uma em relação a não recepção do dispositivo legal pela Constituição de 1988, e outra que solicitava a interpretação conforme a constituição, desse mesmo dispositivo.

16 O objeto em si da demanda será melhor explicitado quando tratar da decisão no *Caso Gomes Lund*, quando será possível traçar as diferenças entre os objetos.

17 Ao contrário do caso julgado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, que teve como objeto o desrespeito a direitos humanos de determinadas pessoas.

18 Que, por sua vez, consistiu no voto do relator Min. Eros Grau, conforme acórdão.

Mais, salienta-se que na petição inicial, que delimita o objeto da demanda¹⁹, não fora pleiteado que se verificasse a compatibilização do dispositivo legal com nenhum tratado de Direitos Humanos. Portanto, o Supremo Tribunal Federal, no caso, não foi retirado da inércia para que realizasse um controle de convencionalidade.

Ou seja, somente fora pleiteado o controle de constitucionalidade, haja vista que fora alegada tão somente a incompatibilidade da norma com preceitos fundamentais constantes na Constituição Federal; fato esse de extrema importância para o tema aqui tratado, e inclusive destacado na posterior decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal não foi instado a realizar o controle de convencionalidade, destacando apenas uma ligeira citação, na inicial, de que teria havido cinco decisões da Corte Interamericana no sentido que pleiteavam, sem, contudo, pedir que se analisasse a compatibilidade com alguma norma de Direito Internacional dos Direitos Humanos (que seria a norma parâmetro apta ao controle de convencionalidade).

Pois bem, via de consequência, o Supremo Tribunal Federal não realizou o exame de compatibilidade com nenhuma norma de Direito Internacional dos Direitos Humanos, limitando-se a julgar o quanto proposto na petição inicial.

A demanda resumiu-se em discutir a compatibilidade com normas internas e a legitimidade do legislador que editou a Lei, vindo a ser julgada improcedente pelo tribunal.

A improcedência da demanda deu-se nos termos do voto do relator (BRASIL, 2010), que não se utilizou de normas de Direitos Humanos como *ratio decidendi* (nem como *obiter dictum*, diga-se). A Corte Interamericana chegou à mesma conclusão quando do julgamento do Caso Gomes Lund:

No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. (JURISPRUDÊNCIA..., 2014, p. 261)

Em razão disso, pode-se afirmar que, a rigor, a decisão do Supremo Tribunal Federal não julgou plenamente válida a Lei em questão, mas tão somente julgou que era compatível com a Constituição Federal.

Adiante, analisa-se o Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs.

19 Sem entrar na celeuma de se tratar de um processo objetivo, que poderia gerar conclusão diversa quanto à extensão da demanda.

Brasil, a fim de destacar suas peculiaridades e eventuais diferenças da decisão aqui tratada (do STF), para somente depois discutir especificamente sobre a harmonia entre ambas decisões.

CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL

O Caso Gomes Lund tem como “foro” a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Brasil é vinculado às decisões da Corte em razão de a ter reconhecido como obrigatória pelo Decreto nº 4.463/02 (BRASIL, 2002), que tem como fundamento o artigo 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, esta que, por sua vez, o Brasil também aderiu, a promulgando pelo Decreto nº 678/92 (BRASIL, 1992).

Há, contudo, uma limitação temporal no reconhecimento da Corte, com marco em 10 de dezembro de 1998; somente podendo ser processada por atos posteriores à essa data.

Pois bem, a ação em questão fora proposta pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão que tem função similar à do Ministério Público no direito interno, e por entender ver desrespeitados Direitos Humanos, apresentou os respectivos fatos para a apreciação da Corte.

Denota-se que o objeto da presente ação é diverso do da então proposta no STF.

Aquela ação teve como objeto uma norma abstrata, e dentro disso, inclusive, fora questionado tão somente um viés, ou seja, a auto anistia.

Por sua vez, o processo no campo internacional teve como objeto um caso concreto, que foi a massiva violação de Direitos Humanos na Guerrilha do Araguaia com a subsequente complacência do Estado, que não aplicou as sanções respectivas e nem fez cessar o delito de desaparecimento forçado.

Explanando outro ponto diferenciação, a Corte chegou a afirmar que:

Quanto à alegação das partes a respeito de que se tratou de uma anistia, uma auto-anistia ou um “acordo político”, a Corte observa, como se depreende do critério reiterado no presente caso (par. 171 supra), que a incompatibilidade em relação à Convenção inclui as anistias de graves violações de direitos humanos e não se restringe somente às denominadas “autoanistias” (JURISPRUDÊNCIA..., 2014, p.260)

O objeto, portanto, é mais amplo aqui, e não chega nem a se esgotar nas “autoanistias”, atacando toda a anistia que resultaria na omissão do estado ao repúdio e resposta às massivas violações de Direitos Humanos que teria então ocorrido na Guerrilha do Araguaia.

Esse comportamento do Estado, então repudiado pela ordem internacional, fora sustentado pela Lei 6.683/79.

A Lei da Anistia, portanto, serviu de base para que o Estado continuasse violando normas de Direitos Humanos, que obrigam o mesmo a investigar, punir, e dar uma resposta à sociedade, além de fornecer o aparato jurisdicional às vítimas.

De maneira mais clara, o objeto da ação proposta na Corte:

[...] se refere à alegada “responsabilidade [do Estado] pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil [...] e camponeses da região, [...] resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia [...] (JURISPRUDÊNCIA..., 2014, p. 219)

Tais fatos resultaram em violação aos seguintes direitos: reconhecimento da personalidade jurídica, direito à vida, direito à integridade pessoal, direito à liberdade pessoal, garantias judiciais, liberdade de pensamento e expressão, e proteção judicial (JURISPRUDÊNCIA..., 2014, p. 219); todos esses constantes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Em um primeiro momento foram analisadas as exceções preliminares (incompetência temporal do Tribunal, falta de interesse processual, falta de esgotamento dos recursos internos, e regra da quarta instância e falta de esgotamento a respeito da ADPF), sendo que todas foram afastadas.

No que atine à incompetência temporal do Tribunal, fora alegado que a Corte somente teria competência aos fatos ocorridos após o reconhecimento da competência da Corte. Contudo, conforme fora ressaltado “este Tribunal estabeleceu que os atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua, mantendo-se sua falta de conformidade com a obrigação internacional” (JURISPRUDÊNCIA..., 2014, p. 223) – referindo-se ao desaparecimento forçado – e, via de consequência, entendeu que a Corte seria competente para analisar os mesmos²⁰.

Quanto à última exceção preliminar – regra da quarta instância –, sua apresentação deu-se após a contestação do processo na Corte, quando o Estado informou que o Supremo Tribunal Federal teria julgado ADPF com a temática tratada naquele processo.

Tratava-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, e a informação de seu julgamento fora levada à Corte após o prazo oportuno para sua

20 O julgamento nesse ponto foi parcialmente procedente, haja vista que foram encontrados os restos mortais de uma das vítimas, cessando, portanto, seu desaparecimento forçado, e consequentemente cessando a violação por omissão do Estado.

apresentação, contudo, aquele tribunal aceitou sua incorporação aos autos (como exceção preliminar) considerando ser um fato superveniente.

Em resposta, a Corte salientou que:

[...] o esclarecimento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, em virtude da atuação de seus órgãos judiciais, pode levar este Tribunal a examinar os respectivos processos internos, inclusive, eventualmente, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana [...] (JURISPRUDÊNCIA..., 2014, p. 230)

Portanto, deixou claro que eventual julgamento interno não serve como obstáculo à análise pela Corte de violações à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Por outro lado, elucidando o Duplo Controle e o controle de constitucionalidade e convencionalidade, fora dito que:

No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado [...] mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana [...] (JURISPRUDÊNCIA..., 2014, p. 230)

Desse modo, deixou nítida a diferenciação da apreciação do tribunal interno e do tribunal internacional, de maneira a afirmar que o julgamento interno não obstaculizaria aquele processamento, razão pela qual, nesses motivos, indeferiram referida exceção preliminar.

Quando do mérito, a Corte julgou todas as violações alegadas. Em relação ao desaparecimento forçado, reafirmou o seu caráter permanente (JURISPRUDÊNCIA..., 2014, p. 247), e quando discutindo sobre a obrigação do Estado “considerou, em sua jurisprudência reiterada, que a investigação penal e o conseqüente julgamento constituem medidas corretivas necessárias para as violações de direitos humanos. ”. (JURISPRUDÊNCIA..., 2014, p. 252)

Assim, para a Corte, a resposta às graves violações de Direitos Humanos só será efetiva se feita pelo Direito Penal do Estado. Trata-se de um viés punitivo que se encontra presente no Direito Internacional dos Direitos Humanos, tanto em mandados de criminalização²¹, como na responsabilização dos Estados pela omissão de punição penal.

Em face das violações constatadas pela Corte, fora discutida a reparação a que o Estado estaria obrigado, oportunidade em que “[...] a Corte indicou que toda violação de uma obrigação internacional que tenha provocado dano compreende o dever de repará-lo

21 Disposições “convencionais” que dão uma ordem ao legislador interno, para que tipifique tal conduta como crime. Como exemplo no caso da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, recentemente promulgada pelo Decreto nº 8.767/16, que em seu art. 4º estipula: “Cada Estado Parte tomará as medidas necessárias para assegurar que o desaparecimento forçado constitua crime em conformidade com o seu Direito Penal” (BRASIL, 2016)

adequadamente [...] (2014, p. 279).

Por derradeiro, condenou o Brasil pelas violações ocorridas no território nacional, ordenando, dentre outras medidas, reparações delineadas na sentença (JURISPRUDÊNCIA..., 2014, p. 294-295), bem como a investigação e punição dos delitos praticados naquela época, alertando para o fato de “Para isso, o Estado deve levar em consideração que esses crimes são imprescritíveis e não podem ser objeto de anistias” (JURISPRUDÊNCIA..., 2014, p. 280).

E, seguindo:

Por esse motivo, o Brasil deve adotar todas as medidas que sejam necessárias para assegurar que a Lei de Anistia e as leis de sigilo não continuem a representar um obstáculo para a persecução penal contra graves violações de direitos humanos. (JURISPRUDÊNCIA..., 2014, p. 280)

Desse modo, restou esvaziada a anistia então concedida pela Lei 6.683/79, declarando, portanto, a incompatibilidade vertical dessa com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em um controle de convencionalidade internacional.

Sendo assim, já expostas ambas as decisões que se havia proposto analisar, cumpre traçar as características atinentes à harmonia entre elas.

HARMONIA DAS DECISÕES INTERNA E INTERNACIONAL

Para que se verifique a harmonia entre as decisões, é necessário resgatar o quanto exposto em relação ao controle de convencionalidade e à teoria do duplo controle.

Conforme já demonstrado, as decisões não ocorrem de maneira a uma excluir a outra, e sim se complementarem, ocorrendo assim o duplo controle.

Ao se falar de duplo controle, está a se dizer que o controle de convencionalidade deve ser feito nas duas instâncias (interna e internacional), sendo que a decisão no campo internacional terá maior peso, porquanto se trata do controle “autêntico”, nos dizeres de André de Carvalho Ramos.

Assim, em suma, teremos três análises de compatibilidade vertical da legislação infraconstitucional: i) controle de constitucionalidade (a ser exercido pelo tribunal constitucional); ii) controle de convencionalidade de matriz nacional; e iii) controle de convencionalidade de matriz internacional.

Quanto ao controle de convencionalidade, temos que:

[...] quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade [...] (JURISPRUDÊNCIA..., 2014, p. 260)

Portanto, ao se submeter a um tratado internacional de Direitos Humanos (no presente caso a Convenção Americana), o Estado terá que o aplicar, surgindo daí uma espécie de mandamento para a realização do controle de convencionalidade de matriz nacional.

Contudo, conforme mencionado, tal controle (de matriz nacional) será somente provisório, preliminar; uma vez que quem diz o real alcance, interpretação e aplicação das normas de Direitos Humanos é a Corte Internacional, para que assim uniformize o sentido e aplicação daquela norma, que será aplicada não somente àquele Estado, mas a todos os signatários, prescindindo, portanto, de uma aplicação uniforme para que se garanta um mínimo de segurança jurídica.

Em razão disso, a Corte Interamericana afirma que “[...] Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana” (JURISPRUDÊNCIA..., 2014, p. 260).

Portanto, o controle de convencionalidade nacional há que ser feito pautado nas decisões da Corte Interamericana, e não somente na norma da Convenção Americana, de maneira a dar efetividade ao tratado e afirmar a jurisprudência acerca do mesmo.

Retomando a temática, Lei da Anistia, teríamos basicamente que verificar eventual colisão entre as decisões. Contudo, tal colisão ocorreria se as duas decisões tivessem como parâmetro a mesma norma.

Ou seja, abriria a discussão sobre colisão somente se houvesse controle de convencionalidade em ambos as “instâncias”. Ainda, somente se ambas as decisões tivessem com parâmetro de compatibilidade a Convenção Americana, o que não ocorreu.

Ainda que ocorresse controle de convencionalidade em ambas as decisões, como já sinalizado aqui, provavelmente a solução seria privilegiar a decisão “autêntica”, ou seja, da Corte Interamericana. Ocorre que esse não foi o caso, e via de consequência essa não é a discussão.

O que ocorreu, de fato, fora a análise de compatibilidade vertical tomando em conta normas diversas como parâmetro. Na Corte Interamericana o parâmetro de controle foi a Convenção Americana, ao passo em que no Supremo Tribunal Federal o parâmetro de

controle foi a Constituição Federal. Nesses termos, inclusive, a Corte Interamericana, referindo-se ao julgamento da ADPF, afirmou que:

No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. (JURISPRUDÊNCIA..., 2014, p. 261)

Portanto, o Tribunal não entrou na celeuma de compatibilidade com o tratado, limitando-se apenas a analisar a compatibilidade com a Constituição Federal, que, conforme Ramos (2015, p. 397):

No caso da ADPF 153, houve o controle de constitucionalidade. No caso Gomes Lund, houve o controle de convencionalidade. A anistia aos agentes da ditadura, para subsistir, deveria ter sobrevivido intacta aos dois controles, mas só passou (com votos contrários, diga-se) por um, o controle de constitucionalidade. Foi destroçada no controle de convencionalidade.

Sendo assim, reafirmamos que, a rigor, não houve declaração de plena validade da Lei. O que houve foi tão somente a afirmação de sua compatibilidade com a Constituição Federal.

Tal decisão, ao transitar em julgado²², não obstará que se efetuassem o controle de convencionalidade internacional, e nem, diga-se, o nacional. Poderia, inclusive, ser proposta outra Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tendo como “causa de pedir” a compatibilidade com a Convenção Americana, e assim, de fato realizaria o controle de convencionalidade de matriz nacional.

Desse modo, não há dúvida da harmonia de ambas as decisões, visto que proferidas em campos diversos, tomando parâmetros de controle diversos.

CONCLUSÃO

A temática aqui tratada possui uma certa complexidade, haja vista que aparentemente seriam duas decisões que se colidiriam, o que poderia causar certa discussão acerca da soberania, de institutos processuais interno e internacionais, bem como da atitude que o Estado deveria tomar frente a ambas decisões.

Ocorre que a colisão é apenas aparente, e o que acontece de fato é que as ações têm causas de pedir diversas, e seus julgamentos tomaram como parâmetro normas diversas,

²² Ressalta-se que na presente data o trânsito em julgado ainda não ocorreu, tendo sido apresentados Embargos de Declaração, e a ação fora apensada à outra, ainda não julgada.

portanto.

Ainda que possa se discutir que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental seria uma ação objetiva, e, portanto, o Tribunal tivesse que obrigatoriamente fazer a análise de compatibilidade com todo o ordenamento superior (Constituição e tratados de Direitos Humanos), tal fato não ocorreu.

O Brasil perdeu grande oportunidade de fazer o controle de convencionalidade já na ADPF nº 153 e aplicar a jurisprudência da Corte Interamericana acerca da Convenção Americana, o que resultaria na declaração de invalidade da Lei da Anistia, e não somente no ponto pleiteado na ADPF, mas em tudo o que dizia respeito à omissão estatal na punição dos que atentaram contra os Direitos Humanos.

Tal acontecimento é de fácil explicação. O que ocorre é a falta de amadurecimento das instituições nacionais na aplicação dos Direitos Humanos oriundos de tratados internacionais, o que pode ser visto não somente na decisão, como também na petição inicial, onde não fora nem citada a Convenção Americana como parâmetro de compatibilidade.

Os Direitos Humanos, no Brasil, prescindem, portanto, de grande amadurecimento, evoluindo do atual estágio de simples argumento retórico, para o verdadeiro estágio de normatividade plena, fazendo-se presente no Direito, desde as primeiras instâncias.

REFERÊNCIAS

BRASIL (1988). Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 de junho de 2016.

_____. (1988). Constituição. Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> Acesso em: 16 de junho de 2016.

_____. Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm> Acesso em: 16 de junho de 2016.

_____. Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 33 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 16 de junho de 2016.

_____. Decreto n.º 4.463, de 8 de novembro de 2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm> Acesso em: 16 de junho de 2016.

_____. Decreto n.º 8.767, de 11 de maio de 2016. Promulga a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, firmada pela República Federativa do Brasil em 6 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8767.htm> Acesso em: 16 de junho de 2016.

_____. Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8767.htm> Acesso em: 16 de junho de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Relator: Ministro Eros Grau. 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>> Acesso em: 16 de junho de 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (2011). Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. Senado Federal, Brasília: jan.mar. 2009. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>> Acesso em: 16 de junho de 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. V. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

PIOVESAN, Flávia. (2014). Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva.

RAMOS, André de Carvalho. (2014). Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva.

_____. (2015). Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. São Paulo: Saraiva.

_____. (2015). Processo Internacional de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. (1991). A Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva.

_____. (2003). Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

“E TUDO QUE ERA EFÊMERO SE DESFEZ”: UMA LEITURA DO COLAPSO ECONÔMICO E SOCIAL DA REPÚBLICA DE WEIMAR

Felipe Alves da SILVA
Paulo César Leal LOPES¹

RESUMO

Incontáveis historiadores tentaram compreender e explicar o fracasso da República de Weimar, porém a única certeza que se tem é de que o assunto é complexo e envolve inúmeros fatores. Criada diante de tumultos e condições de instabilidade, alguns defendem que desde seus primórdios a Constituição de Weimar já se mostrava como condenada ao fracasso. A República de Weimar estava à mercê de tantas ideias distintas e forças contrárias – políticas e econômicas, internas e externas – que é difícil isolar um ou dois fatores em específico como sendo a principal responsável pela queda da república. Para o comum observador, Hitler e os nazistas são tomados como os principais arquitetos da queda de Weimar, entretanto, análises mais aprofundadas indicam que fora necessária uma “tempestade” de condições adversas, antes dos nazistas, para que estes pudessem de fato emergir a partir das margens da política alemã e se tornar uma força nacional. Alguns acreditam que a República de Weimar foi desfeita pelas condições do pós-guerra, outros que os fatores de longo prazo, tais como a inexperiência da Alemanha com um governo democrático, foram tão significativos quanto. Para a consecução da presente pesquisa, será utilizada basicamente uma revisão bibliográfica de textos, em que, mediante emprego do método hipotético-dedutivo, buscar-se-á apresentar alguns dos principais fatores que contribuíram para o fracasso e queda da República de Weimar.

PALAVRAS-CHAVE: Alemanha. República de Weimar. Problemas sociais e econômicos. Queda.

ABSTRACT

Countless historians have tried to understand and explain the failure of the Weimar Republic, but the only certainty we have is that the matter is complex and involves numerous factors. Created before riots and instability conditions, some argue that since its inception the Weimar Constitution as he was already doomed to failure. The Weimar Republic was at the mercy of so many different ideas and opposing forces – political and economic, internal and external – it is difficult to isolate one or two factors in particular as being primarily responsible for the fall of the republic. To the casual observer, Hitler and the Nazis are taken as the main architects of the fall of Weimar, however, further analysis indicates that out requires a "storm" of adverse conditions before the Nazis so that they could in fact emerge from the margins of German politics and become a national force. Some believe that the Weimar Republic was undone by post-war conditions, other than the long-term factors, such as Germany's inexperience with a democratic government, it was as significant as. For the achievement of this research will be used primarily a literature review of texts, in which, by use of hypothetical-deductive method, will be sought to present some of the main factors that contributed to the failure and fall of the Weimar Republic.

1 Possui graduação em História pela Universidade Estadual de Maringá (2010). Está estudando o curso de Direito, com ênfase em Direito público.

KEY-WORDS: Germany. Weimar Republic. Social and economic issues. Fall.

INTRODUÇÃO

Inúmeros historiadores tentaram compreender e explicar o fracasso de Weimar, porém a única certeza que se tem é a da complexidade do assunto, bem como de que houve incontáveis fatores envolvidos. Criada diante de tumultos e condições de instabilidade, alguns historiadores buscam defender avidamente que, desde seus primórdios, a República de Weimar já se mostrava como condenada ao insucesso. Ora, a República estava à mercê de tantas ideias distintas e forças contrárias – políticas e econômicas, internas e externas – que é difícil isolar um ou dois fatores em específico como sendo a principal responsável pela sua queda. Podemos afirmar que o que levou ao surgimento e ascensão do totalitarismo na Alemanha consistiu em uma combinação de fatores, que o momento político contribuiu e propiciou.

Para o simples observador, Adolf Hitler e os nazistas são tomados como os principais arquitetos da queda de Weimar. Entretanto, análises mais aprofundadas indicam que fora necessária uma “tempestade” de condições adversas – antes dos nazistas – para que estes pudessem de fato emergir a partir das margens da política alemã e se tornar uma força nacional. E, de fato, um dos maiores contribuintes para a queda da República de Weimar consistiu nas duras sanções impostas aos alemães por parte dos vencedores da Primeira Guerra Mundial, na figura do Tratado de Versalhes, reduzindo ao pó o restante da frágil moral alemã do pós-guerra.

Dentro da perspectiva apresentada, cabe, na ocasião, analisar criticamente a reação de uma cultura marcadamente conservadora ante tais vexames e limitações do que para alguns outrora fora um Império grandioso. A República e a nova (e fermentada) “cultura Weimar” traria consigo grandes repercussões entre os conservadores partidários do antigo regime, a julgar pelo fato de que estes consideravam toda essa mudança como uma decadência e frouxidão dos costumes (FULBROOK, 2012, p. 185).

Por um lado, enquanto alguns historiadores acreditam veementemente que a República de Weimar foi desfeita pelas condições do pós-guerra, outros acreditam que os fatores de longo prazo, tais como a inexperiência da Alemanha com um governo democrático, foram tão significativos quanto, na medida em que, apesar da transição do império Guilhermino para um regime republicano, na prática havia ainda resquícios presentes no

próprio texto constitucional de 1919, vide o artigo 48, que, na possibilidade de governar por meio de decretos, concedia amplos poderes ao Presidente do Reich como a dissolução do parlamento e a suspensão de direitos fundamentais diante de estado de extrema necessidade.

Buscou-se, mediante o presente trabalho, apresentar alguns dos principais fatores que contribuíram para o fracasso e queda da República de Weimar, sem pretensão de que se esgotasse de fato a questão e nem que se tocasse propriamente na questão do nazismo. Na realidade, a proposta paira justamente em analisar os aspectos que proporcionaram ou – numa linguagem informal – “prepararam o terreno” para todas as desgraças e atrocidades que viriam posteriormente. Para a consecução da presente pesquisa, foi utilizada uma revisão bibliográfica de textos, em que, mediante emprego do método hipotético-dedutivo, buscou-se apresentar alguns dos principais fatores que contribuíram para o fracasso e queda da República de Weimar.

PERÍODO PRÉ-WEIMARIANO: ENTRE LOBOS E OVELHAS

Adentrando no Século XX – após o período de unificação institucional, econômica e geográfica – o Império Alemão encontrava-se, naquele momento, prontos para os projetos expansionistas nas regiões asiáticas e africanas, semelhante ao realizado pelas maiores potências da época. Havia atingido altos padrões de desenvolvimento educacional, a produção industrial já superava os britânicos e franceses, e tinham um exército forte e organizado. Em outras palavras, o país estava claramente pronto para tornar-se um Império Mundial.

Todavia, devido às inúmeras crises de superprodução e falta de mercado consumidor no final do século anterior que assolava as principais nações mundiais, fizeram com que fossem buscados em povos e nações africanas ou asiáticas um meio de adquirir matérias-primas, mercados consumidores para seus produtos, e também status, ao controlar regiões remotas do Globo com povos “atrasados”.

Num sentido menos superficial, o período que nos ocupa é obviamente a era de um novo tipo de império, o colonial. A supremacia econômica e militar dos países capitalistas há muito não era seriamente ameaçada, mas não houvera nenhuma tentativa sistemática de traduzi-la em conquista formal, anexação e administração entre o final do século XVIII e o último quartel do XIX. Isto se deu entre 1880 e 1914, e a maior parte do mundo, a exceção da Europa e das Américas, foi formalmente dividida em territórios sob governo direto ou sob dominação política indireta de um ou outro Estado de um pequeno grupo: principalmente Grã-Bretanha, França, Alemanha, Itália, Holanda, Bélgica, EUA e Japão. (HOBSBAWM, 2009, p.88)

Observando o período, percebe-se que as lideranças germânicas sabiam que os projetos de expansão de influência e econômica só seriam de fato concretizados com a devida formação de alianças e a partir do confronto militar direto nas potenciais colônias. Porém, sabiam que os franceses e os britânicos seriam os primeiros a não aceitar esse tipo de política conforme os enfrentamentos no âmbito do direito internacional viessem a acontecer.

De 1871 até o início da Primeira Guerra, a movimentação diplomática, a formação de Alianças, Pactos de Não-Agressão e Tratados de divisão de territórios eram ampla e comumente realizados. As relações entre os poderes eram de “lobos e ovelhas”. Aqueles países que conseguiam se impor militar e economicamente eram respeitados, e tinham suas diplomacias aceitas na Arena Internacional. Isso fica evidente quando se analisa o caso do Japão após superar a Rússia Czarista na Guerra Russo-Japonesa em 1905, e os EUA, ao humilhar o decadente Império Espanhol na Guerra Hispano-Americana, em 1898.

Contudo, aquelas pátrias que, por seus pequenos territórios, exércitos insignificantes, ou por consistirem tão-somente em produtores de matérias primas, acabavam tendo seus já ínfimos territórios retalhados, ou ficavam à mercê da esfera de influência de uma nação maior, que lhes garantia a segurança contra os outros poderes. A falta de respeito à autodeterminação dos povos, e uma não compreensão de um direito internacional que abrigasse todos os povos do Globo – noção esta que até então ainda não estava bem desenvolvida –, encaminhou as maiores potências para um conflito de supremacia, em que a afirmação de que a próxima guerra consistiria naquela “guerra para acabar com todas as guerras” (WAGAR, 2004, p. 147) posteriormente se confirmaria da pior maneira.

A Primeira Guerra Mundial consistiu em algo sem precedentes na história da humanidade, e trouxe um diferencial claro das guerras anteriores. Aliás, pode-se afirmar que foi a primeira guerra em que as massas foram envolvidas completamente no projeto de vitória sobre outro Estado-Nação. Não obstante, aquela também em que todo o aparato nacional, desde a capacidade industrial até todas as novas tecnologias do início do século XX, foram utilizadas com o único objetivo de destruir povos e exércitos de maneira monstruosa.

De início, não havia uma distinção ideológica sobre o que representava cada qual na sua devida participação na guerra. Resolver desordens no âmbito interno, como era o caso dos Impérios Austro-húngaro, Otomano e da Rússia Czarista, ou as demandas diplomáticas na arena internacional, na perspectiva Britânica, Francesa e Alemã, devido a suas colônias na África e Ásia. O ponto fora da curva seria justamente a concepção “isolacionista” dos EUA,

para si e para o continente americano, e a criação de uma “zona de influência” pelo Japão no Extremo Oriente. Com o decorrer da Primeira Guerra, David Thomson, nos afirma:

Mas, a partir de 1917, foi possível falar validamente de um entrelaçamento de ideologias. Quando a Rússia, na agonia de uma revolução interna, assinou o Tratado de Brest-Litovsk, retirando-se da guerra, e quando os Estados Unidos entraram ao lado dos Aliados ocidentais, o alinhamento tornou-se claro. A partir daí, tornou-se principalmente uma guerra entre as potências marítimas ocidentais, que também eram coloniais e de ideias democráticas, e as potências dinásticas centrais e orientais, que eram impérios continentais hostis aos ideais da democracia. (THOMSON, 1971, p.58)

A guerra trouxe consigo um avanço tecnológico espetacular para seu tempo, mas também uma herança incontável no número de mortos e feridos. Mudou a geografia da Europa com o surgimento de novos países no centro e leste europeu, e a dissolução de três impérios. Para que se tenha ciência do quanto isso afetou os países no que se refere ao quórum de vítimas da guerra, verifica-se que do total de efetivos – aproximadamente 60 milhões de soldados em toda a Europa – que foram mobilizados no período entre 1914 e 1918, deste número aproximadamente 8 milhões perderam suas vidas, 7 milhões se encontravam em condições de incapacidade e em torno de 15 milhões foram seriamente feridos.

Não obstante, estima-se que a Alemanha perdera em torno de quinze por cento de toda sua população masculina adulta ativa, além de uma considerável perda territorial. A Áustria-Hungria em torno de dezessete por cento, além de ter seu império desfeito e ser dividido em dois. A França dez por cento e a Inglaterra por volta de cinco por cento de sua população adulta do sexo masculino. É importante salientar que o conflito não só afetou os soldados, mas a tragédia resultante da guerra, afetaram – direta ou indiretamente – a população civil, havendo uma estimativa de que aproximadamente cinco milhões de civis morreram em decorrência da guerra (CASANOVA, 2002).

Por mais difícil que fosse aceitar a derrota, já em meados de 1918, muitos alemães reconheciam que ela era eminente. Sobre esse ponto, Mary Fulbrook chama a atenção para o fato de que:

O descontentamento interno era cada vez maior na Alemanha perto do fim da guerra. Era evidente que as coisas teriam de mudar – não só por causa dos “Quatorze Pontos” do presidente americano Wilson insistindo na necessidade das reformas internas na Alemanha para negociar um tratado de paz e da vontade do Exército de se esquivar da responsabilidade por uma paz “desonrosa”. Até o final de setembro, pareceu oportuno aos líderes do Exército transferir o poder a um governo civil que assumisse o opróbrio de aceitar a derrota; as reformas de outubro não foram simplesmente uma “revolução feita a partir de cima”, visto que os partidos parlamentares pressionavam há bastante tempo pelas reformas. (FULBROOK, 2012,

p.172)

Aliás, Isabel Loureiro ressalta que, antes de 1918 a população alemã em geral sentia certo desconforto com o conflito que, para alguns, havia tomado proporções maiores ao que fora previsto anteriormente, e, ainda que os integrantes das classes mais baixas eram os que mais sofriam com as condições de escassez, além de haver inúmeras dificuldades econômicas em todas as esferas da sociedade. Acerca desse possível movimento de oposição à guerra, chama atenção para o seguinte:

Já no início de 1916, o descontentamento da população alemã se alastrava, provocado por medidas draconianas de racionamento. A situação foi se agravando rapidamente: falta de carvão, de roupas, de moradias; frio, fome, aumento de preços, mercado negro para os ricos, racionamento para a maioria, e a espantosa quantidade de baixas na frente de batalha tinham arrefecido consideravelmente o entusiasmo de agosto de 1914, quando os soldados partiam alegremente para o front, acreditando que no Natal estariam de volta. Três Natais haviam passado e a guerra parecia longe do fim: imobilizada nas trincheiras desde novembro de 1914, levando à morte milhares de jovens e evidenciando a falta de sentido do massacre. (LOUREIRO, 2005, p. 45)

Franz Neumann – num trecho de sua obra *Behemoth: estrutura e prática do nacional-socialismo*² – acerca do eminente fim do período imperial e de seu aparato burocrático, alude que:

Então veio o teste de uma guerra que clamou pelos mais grandiosos sacrifícios de sangue e energia por parte do povo. O poder imperial entrou em colapso e todas as forças contrárias abdicaram em 1918 sem a menor resistência ante à oscilação das massas para a esquerda – tudo isso não como consequência direta da derrota militar, no entanto, como o resultado de uma derrocada ideológica. A ‘nova liberdade’ de Wilson e seus quatorze pontos configuram os vencedores ideológicos, não Grã-Bretanha e França. Os alemães abraçaram avidamente a ‘nova liberdade’, com sua promessa de uma era de democracia, liberdade e autodeterminação no lugar do absolutismo e a máquina burocrática. Até mesmo o General Ludendorff, ditador latente sobre a Alemanha durante os últimos anos da guerra, reconheceu a superioridade da ideologia democrática wilsoniana ante à eficiência burocrática Prussiana. Os conservadores não lutaram – na verdade, eles não tinham nada com o que lutar. (NEUMANN, 2009, p. 08, tradução nossa)³

Não só as terríveis perdas no campo de batalha indicavam a evidente derrocada alemã, mas a indignação da população com o rumo que a guerra tinha tomado, além de

2 Sobre esta obra, optamos por usar uma edição em inglês que fora traduzida direta do alemão.

3 No original em inglês: “Then came the test of a war that called for the greatest sacrifices in blood and energy on the part of the people. The imperial power collapsed and all the forces of reaction abdicated in 1918 without the slightest resistance to the leftward swing of the masses – all this not as the direct consequence of the military defeat, however, but as the result of an ideological debacle. Wilson’s ‘new freedom’ and his fourteen points were the ideological victors, not Great Britain and France. The Germans avidly embraced the ‘new freedom’ with its promise of an era of democracy, freedom, and self-determination in place of absolutism and the bureaucratic machine. Even General Ludendorff, virtual dictator over Germany during the last years of the war, acknowledged the superiority of the Wilsonian democratic ideology over Prussian bureaucratic efficiency. The Conservatives did not fight – in fact, they had nothing with which to fight” (NEUMANN, 2009, p. 08).

situações de motim no front ocidental, cuja sublevação atingia o orgulho da aristocracia militar alemã.

Após quatro anos de guerra e incontáveis perdas, um armistício baseado nos denominados “quatorze pontos” propostos pelo presidente americano Woodrow Wilson fora combinado, como um meio de criar uma Sociedade de Nações, de modo a evitar, ao menos, novas guerras de tais proporções, posteriormente. Entretanto, com o findar do conflito, o desejo de vendeta por parte dos franceses se sobrepôs. O então chamado Tratado de Versalhes diferiu em muito da proposta de Wilson, responsabilizando exclusivamente a Alemanha pela guerra, resultando, dessa forma, numa série de demandas e condições para humilhar e fraquejar ainda mais os alemães.

A República de Weimar foi proclamada a 9 de novembro de 1918, pelo Social-Democrata Philipp Scheidemann. Ela veio após mais de quatro anos de uma guerra sangrenta, com as tropas alemãs, embora ainda em solo estrangeiro, em desordem, o Estado-Maior frenético por paz e a administração imperial desmoralizada. Impondo revezes ao avanço alemão na frente ocidental na primavera de 1918, os Aliados haviam iniciado a ofensiva no verão, e mantiveram a iniciativa. Os aliados alemães – Turquia, Bulgária e a Monarquia Habsburgo já estavam numa situação de colapso. Em 30 de setembro o Chanceler Von Hertling renunciou e, a 4 de outubro entregou o governo, ao príncipe Max von Baden, conhecido como um monarquista liberal inclinado a reformas nacionais e compreensão internacional. O príncipe Max apelou ao Presidente Wilson, por um armistício nas bases dos Quatorze Pontos. O país estava exaurido, esgotado até a morte pela aventura que havia abraçado em agosto de 1914 como um escape das preocupações triviais dos civis. A Alemanha tinha 1,8 milhões de mortos, e mais de 4 milhões de feridos; o custo em material, talentos desperdiçados, mentes mutiladas, desespero total, era incalculável. (GAY, 1978, p. 165)

Como evidencia Peter Gay (1978, p. 16), a cidade de Weimar não fora escolhida de forma arbitrária para sustentar a fundação da República, visto que o caminho para tal implantação já estava sendo cultivado, e assim o é considerado pelo fato de que vinha ocorrendo certa “revolução” em outros campos fora da política, como na arte⁴, na música, na arquitetura, e na psicologia. A mudança que se seguiria seria justamente no campo político, com a passagem do governo imperial para o governo republicano.

A chamada revolução de 1918 não foi mais que uma revolução política e constitucional, do Império à República, mas – de modo crítico – não conseguiu

4 Sobre esse caráter modernista e de aparente progresso cultural, Peter Gay ainda ressalta: “O ideal de Weimar era ao mesmo tempo antigo e novo. A impressionante mistura de cinismo e confiança, a busca por novidade e por raízes – a solene irreverência – dos anos vinte, eram frutos de guerra, revolução e democracia, mas os elementos que lhe deram corpo vieram de ambos os passados, o distante e o recente, recordado e revivido pela nova geração. Goethe e Schopenhauer, e as datas históricas como 1848 e 1871, eram realidades vivas para a nova Weimar, enquanto que a linguagem imediata do estilo Weimar, ainda apaixonadamente discutida, remontava à virada do século e à década de 1890. ‘Na arte alemã a transição da arte burguesa para a popular’ – isto é, do Impressionismo para o Expressionismo – precedeu de muito a Revolução” (GAY, 1978, p. 16).

realizar mudanças radicais nas estruturas socioeconômicas da Alemanha, nem reformou as elites principais. As instituições do Exército, da burocracia, do judiciário, bem como educacionais e religiosas, mantiveram suas posições de poder e influência – e as usaram para falar e agir principalmente contra a nova República. (FULBROOK, 2012, p.173)

Com a derrocada prestes a se tornar realidade, sendo esta confirmada pelo Alto Comando Alemão, diante de uma possível deserção em números catastróficos entre os soldados em decorrência do Motim de marinheiros alemães em Kiel em 03 de novembro de 1918, uma greve geral no país prestes a ocorrer no dia 09 de novembro, o Kaiser Guilherme II não resistiu às pressões e abdicou do trono exilando-se na Holanda. No mesmo dia foi proclamada a República de Weimar, e dois dias depois foi assinado o Armistício.

Coube aos novos líderes da nação assumir o ônus da derrota, e serem confrontados com os termos de rendição, na futura Conferência de Paz de Paris (1919), e com o texto polêmico do Tratado, que viria a ser um dos principais motivos para a queda da nova república e o surgimento dos movimentos autoritários nas décadas seguintes.

O TRATADO DE VERSALHES

Para alguns, a República Weimar estava condenada ao fracasso desde seu nascimento. Obviamente que a Paz, organizada em Paris, não veio a contribuir. Porém, se fizermos estudos mais aprofundados, indicaremos que, ainda que tenha sido criada em meio a tumultos e condições de instabilidade, seu fim não era de fato tão inevitável, quanto aparentava ser, tendo em vista que “existiam republicanos que levaram a sério o símbolo de Weimar e tentaram, persistente e corajosamente, dar ao seu ideal um contexto real” (GAY, 1978, p. 16). Aliás, Peter Gay argumenta inclusive que “foi justamente este pessimismo fácil, que viu então (e ainda vê) a República condenada desde o início, que ajudou a concretizar as profecias feitas” (GAY, 1978, p. 16). Nesse contexto, ainda acrescenta:

Historiadores têm exagerado muito os fracassos dos políticos que governam a jovem República. Se tivessem falhado totalmente, seria compreensível; Ebert e seus associados enfrentaram dificuldades que teriam atemorizado o mais frio e experimentado estadista. Havia desordem endêmica, fome desesperadora, existia desmoralização entre os intelectuais, havia um exército a ser trazido de volta e a ser desmobilizado, havia feridas profundas a serem curadas, sem tempo para fazê-lo, havia uma constituição a ser escrita e posta em prática. E acima de tudo existia um fator que ocupava um lugar especial na história de Weimar, pois os mitos que a cercavam vieram a ferir a República mais ainda do que a realidade: a Paz de Versalhes. (GAY, 1978, p. 27)

A delegação alemã que compareceu à Conferência de Paz foi liderada pelo Conde Brockdorff-Rantzau, e esperavam certas determinações seguindo as diretrizes estabelecidas

nos denominados “Quatorze Pontos” de Woodrow Wilson, que pareciam ter uma postura compassiva com relação à Alemanha. Entretanto, constata-se que os alemães teriam uma posição um tanto quanto passiva em relação às negociações.

Quando a delegação chegou a Versalhes, aproximadamente no dia 29 de abril de 1919, foram surpreendidos por um intenso desdém por parte dos integrantes dos outros países. Os alemães não foram convidados a participar na conferência, ficando isolados no hotel em que estavam hospedados, sob a justificativa de se evitar hostilidades por parte de outros diplomatas até o dia 7 de maio, quando os termos dos Aliados seriam apresentados a eles.

Ressalte-se que aos alemães não foram autorizados a enviar qualquer moção, bem como participar direta ou indiretamente das discussões da conferência, cabendo a eles apresentar quaisquer comentários ou observações ao texto proposto num prazo de 15 dias contado o dia da apresentação final do tratado à delegação. Todo e qualquer ato realizado, mesmo sem a presença da cúpula alemã, tinha o intuito de constranger e humilhar os diplomatas germânicos.

Sobre o assunto, Ângela Mendes de Almeida salienta que:

A conferência de paz iniciada em Paris, em janeiro de 1919, e sem a presença dos países derrotados, terminou por produzir um documento destinado a humilhar e arrasar a Alemanha. Esse texto foi entregue aos alemães em maio, com um prazo de 15 dias para a resposta. Tratava-se na verdade daquilo que eles chamaram de Diktat, onde ficavam evidentes os anseios de revanche da França, derrotada pela Alemanha em 1871. (ALMEIDA, 1982, p.13)

Ainda acerca deste ponto, Peter Gay reforça:

Certamente as decisões impostas à Alemanha em Versalhes eram de muitas formas um tratado duro e vingativo. Alguns dentre os negociadores Aliados não queriam um acordo e sim uma vingança; não foi apenas a derrota que produziu traumas, também a vitória, após muitos anos de frustração, perda de sangue e miséria sem fim, pareceu a muitos inaceitável. A elaboração do tratado foi uma humilhação constante e deliberada aos alemães. Logo que os Aliados conseguiram terminar suas divergências com relação a uma série de compromissos, convidaram os alemães, em meados de abril de 1919, a enviar uma delegação a Versalhes, a fim de “receberem as condições de paz”. Seu papel era o de assinar, não o de negociar. O tratamento dado à Delegação alemã, amplamente publicado na Imprensa alemã, foi um insulto longamente calculado: o trem que os conduziu a Paris se movia com lentidão deliberada através dos campos de batalha ao norte da França, até que a visão se tornasse intolerável; chegados a Versalhes, os alemães se viram isolados ostensivamente, sob o pretexto de serem protegidos de demonstrações hostis, mas na realidade para ficarem longe dos negociadores Aliados. M.J. Bonn, um economista liberal que fazia parte da delegação alemã, escreve: “Os alemães foram profundamente humilhados. A agonia da derrota e o sentimento de culpa com o qual alguns propagandistas tentaram marca-los, criou neles um complexo de inferioridade que muitos membros da delegação não conseguiram evitar”. (GAY, 1978, p. 27)

Lembremos que a Inglaterra e os Estados Unidos, foram contra a se tomar uma

posição vingativa com relação à Alemanha, reconhecendo o potencial positivo que isso poderia vir a ter para o bem da Europa, quando analisado sob um contexto de reconstrução. A França, por outro lado, buscava única e exclusivamente punir rigorosamente os alemães. Em última instância, tratava-se de um revanchismo francês, devido aos motivos que remontavam à derrota na Guerra Franco-Prussiana, quando a humilhação havia sido feita por parte dos germânicos.

Sobre o posicionamento da Inglaterra e da França, Julián Casanova traz que:

Enquanto a opinião pública de ambas as nações se mostrava como fortemente favorável de ver a Alemanha pagar por toda a extensão do dano, somente a França viu a Alemanha como uma ameaça em potencial para a segurança futura da estabilidade europeia. Dessa forma, enquanto a Inglaterra tomava a Alemanha como uma possível “barreira contra os Russos” e uma nação economicamente forte com a qual poderia se relacionar no comércio internacional, os franceses viam a Alemanha como uma ameaça a sua segurança. A França temia que a não imposição de penas severas sobre a Alemanha só a tornaria mais forte, que eventualmente ascenderia contra a França em vingança. Assim sendo, enquanto os ingleses sentiram que o Tratado de Versalhes foi excessivo à Alemanha, a França, por sua vez, sentira como se não fosse severo o suficiente. (CASANOVA, 2002, tradução nossa)⁵

Os termos do acordo causariam grande aborrecimento entre os alemães, haja vista que o país fora tomado como o único ou o maior culpado pelo conflito, devendo ser responsabilizado por “todas las perdidas y daños que habían sufrido los gobiernos aliados y asociados y sus nacionales” (TENBROCK, 1968, p. 261). Sobre o caráter revanchista do Tratado, Robert-Hermann Tenbrock ainda ressalta:

El Tratado de Versalles no correspondía, ni por el espíritu ni por la letra, a los Catorce Puntos de Wilson, que suministraron la base para la decisión alemana de dar fin a la guerra. Contituyó la expresión del odio y el afán de venganza de los vencedores, que se descargaron en forma elemental tras los largos años de guerra, los inmensos sufrimientos y perdidas, en especial de la población francesa, y resultaron aumentados por el conocimiento de los objetivos bélicos nacionalistas de Alemania. (TENBROCK, 1968, p. 261-2, grifo nosso)

O artigo 231 do Tratado de Versalhes apontaria a Alemanha como a única culpada pelo advento da Primeira Guerra Mundial e, por conseguinte, responsável por toda adversidade proveniente do conflito. O artigo – situado na oitava parte do tratado concernente às reparações – traz o seguinte em seu texto:

Art. 231. Os Aliados e Governos Associados ratificam e a Alemanha aceita sua

5 No original em inglês: “While public opinions of both nations were strongly in favor of seeing Germany pay to the fullest extent, only France saw Germany as a potential threat to the future security of European stability. Thus, while Britain saw Germany as a “barrier-fortress against the Russians” and an economically strong nation with which to engage in international trade, the French viewed Germany as a threat to French security. France feared that not levying harsh enough penalties upon Germany would only make her stronger and she would eventually rise up against France in revenge. So while the British felt that the Treaty of Versailles was too harsh on Germany, France felt as though it were not harsh enough”.

responsabilidade e de seus aliados por causar todas as perdas e danos a que os Governos Aliados, seus Associados e seus nacionais foram submetidos como consequência da guerra imposta sobre eles causada pela agressão da Alemanha e seus aliados. (Tradução nossa)⁶

A despeito da denominada “cláusula de culpa da guerra”, Mary Fulbrook argumenta que:

Na notória “cláusula da culpa da guerra”, a Alemanha foi onerada com a responsabilidade pela guerra. Quando as indenizações a serem pagas pelos alemães foram finalmente anunciadas na Conferência de Paris de janeiro de 1921, provocaram tanta indignação como as outras cláusulas do Tratado de Versalhes. (FULBROOK, 2012, p. 178)

Em uma passagem belíssima e muito bem representativa sobre a imposição do tratado aos alemães, Peter Gay frisa o seguinte:

O que poderiam os alemães fazer? Eles recusaram-se a assinar, mas assinaram. Em 12 de maio, o Primeiro Ministro Scheidemann classificou o Tratado de inaceitável e perguntou retoricamente: “Qual a mão que se difamaria em colocar esses grilhões em si própria e em nós?” A mão de Scheidemann não se sujou; em 20 de junho, após o Partido Central Católico e a maioria de seu próprio Partido Social Democrático ter votado a aceitação do Tratado, com exceção do artigo 231 e do artigo que exigia a entrega dos criminosos de guerra, ele demitiu-se. O peso de assinar o Diktat, o Schandfrieden, o Schmachfrieden – a paz vergonhosa e humilhante – recaiu nos ombros de outros Sociais democratas e em Erzberg, o mais famoso advogado da paz no Partido Central. Eram homens corajosos, aceitando como sua sina uma responsabilidade política da qual nunca se poderiam libertar inteiramente. Todos odiaram o Tratado; aqueles que advogaram a sua aceitação colocaram seus argumentos na base do realismo – a necessidade da paz, a fome da população alemã, a intransigência dos Aliados. (GAY, 1978, p. 30)

Nos termos do Tratado, algumas das mais ricas áreas industriais da Alemanha seriam anexadas e distribuídas entre as potências aliadas. Alsácia-Lorena – juntamente com o território rico em minerais da Bacia do Sarre – seria dada a França, enquanto a Alta-Silésia, para a Polônia. A perda desses territórios resultaria numa diminuição acentuada na produção industrial alemã.

Os aliados exigiam a entrega dos poucos territórios coloniais que a Alemanha possuía (Togo, Camarões e Sudeste africano) e de várias fatias do próprio território alemão: a Alsácia-Lorena, parte do Schleswig, uma saída para o mar para a nova Polônia através do chamado “corredor de Dantzig” (hoje Gdansk), que cortava o país em duas partes, e um trecho da Baixa-Silésia, que viria a integrar a nova Tchecoslováquia; tudo num total de 1/8 do território alemão e 1/10 de sua população. (ALMEIDA, 1982, p.13)

Antes da guerra, o Exército alemão era um dos mais grandiosos e temidos do mundo,

6 No original em inglês: “The Allied and Associated Governments affirm and Germany accepts the responsibility of Germany and her allies for causing all the loss and damage to which the Allied and Associated Governments and their nationals have been subjected as a consequence of the war imposed upon them by the aggression of Germany and her allies”. The Versailles Treaty – June 28, 1919: Part. VIII. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/partviii.asp>>. Acesso em: 03 Jan 2016.

no entanto, uma vez assinado o tratado isso chegaria ao fim, haja vista que cláusulas que visavam enfraquecer drasticamente o poderio militar alemão foi imposto. Observe-se que, com um ato administrativo, a força e a grandiosidade do Exército Imperial Alemão seria dissolvido completamente, com milhares de militares de carreira sendo dispensados. Unindo-se a isto o fato de retornar ao país – após o fim da guerra – milhares de soldados que, em situação de desemprego e fome, seriam a massa de manobra perfeita para um movimento autoritário organizado. O que de fato acabou ocorrendo.

De acordo com Ângela Mendes de Almeida, dentre as inúmeras pontuações, os aliados ainda exigiam:

[...] a desmilitarização da margem esquerda do rio Reno, na fronteira oeste, a redução do exército a oficiais de carreira em um número não superior a 100 mil homens, a redução drástica do armamento, a quase destruição da marinha, a dissolução do Estado-Maior do exército, o direito de julgar alguns “responsáveis pela guerra”, a proibição do Anschluss – unificação voluntária da Alemanha e da Áustria – e, por fim, a fixação de pesadas somas a serem estabelecidas em dinheiro e matérias-primas, como reparações de guerra. (ALMEIDA, 1982, p.13-14)

O desarmamento aconteceu e, como resultado, grande parte do Exército deveria ser dispensada havendo a limitação de contingente, sendo limitados a um número máximo de 100 mil homens, incluindo oficiais. Além disso, não haveria mais serviço militar obrigatório, bem como houve uma série de imposições quanto à reserva de armamentos, artilharia pesada e assim por diante. O artigo 160, presente no Capítulo I das denominadas Cláusulas Militares, trata sobre essa delimitação:

Artigo 160 (1). Até uma data que não deve ser posterior a 31 de março de 1920, o Exército alemão não deve abarcar mais de sete divisões de infantaria e três divisões de cavalaria. Após essa data, o número total de efetivos do Exército dos Estados que compõe a Alemanha não deve ser superior a cem mil homens, incluindo oficiais e estabelecimentos de depósitos. O Exército deverá ser designado exclusivamente à manutenção da ordem dentro do território e ao controle das fronteiras. A força total do efetivo de oficiais, incluindo o quadro de funcionários, independentemente de sua composição, não deve exceder quatro mil. (2) O quadro de pessoal das Divisões e Quartéis-Generais do Exército deve ser organizado de acordo com o Quadro No. I anexado a essa seção. O número e os pontos fortes das unidades de infantaria, artilharia, engenharia, serviços técnicos e tropas previstos no referido Quadro constituem máximas que não devem ser ultrapassadas. As seguintes unidades podem ter cada um seu próprio depósito: um regimento de Infantaria; um regimento de Cavalaria; um regimento de Artilharia de Campo; um batalhão de Precursores. (3) As divisões não devem ser agrupadas em mais de dois quartéis gerais do exército. É proibida a manutenção ou formação de forças incorporadas de forma diferente ou de outras organizações para o comando das tropas assim como para a preparação para a guerra. O Estado-Maior General da Alemanha e todas as organizações similares deverão ser dissolvidas e não poderão ser reconstituídas de forma alguma. Os oficiais, ou aqueles na posição de oficiais, nos Ministérios da Guerra nos diferentes Estados da Alemanha e nas demais administrações que lhes são inerentes, não deve exceder trezentos em quantidade e estão incluídos na força máxima de quatro mil previsto no terceiro subparágrafo do parágrafo (1) do presente artigo.

(TREATY OF VERSAILLES, p. 115, tradução nossa)⁷

Ainda sobre a limitação das Forças Armadas, cumpre ressaltar que dentro dos moldes do Capítulo II do Tratado, até a data de 31 de março de 1920, os armamentos, munições e materiais deveriam ser reduzidos a certas quantias mínimas estipuladas. Porém, essas limitações não só abrangeram ao Exército, como também à Marinha e à Aeronáutica.

Para que se tenha uma melhor compreensão do quão humilhante fora o assim chamado “Tratado de Paz”, os Vencedores fixaram que a Alemanha teria de dedicar diretamente seus recursos econômicos para a restauração física dos locais atingidos e destruídos pelo conflito. Entretanto, não se limitaram a isso, mas exigiam inclusive que fossem “ressarcidos” – senão com os mesmos, equivalentes – pelos animais, maquinários, ferramentas e etc. que poderiam ter sido destruídos (ou mortos no caso de animais) como consequência do embate. Isso fica evidente no anexo IV do texto referente às reparações:

Os Governos Aliados e Associados podem apresentar por meio da Comissão de Reparação as seguintes demandas: (a) animais, maquinários, equipamentos, ferramentas e itens de caráter comercial que possam ter sido eventualmente apreendidos, consumidos ou destruídos pela Alemanha, ou destruídos por consequência direta das operações militares, em que tais Governos, com a finalidade de atender suas necessidades urgentes e imediatas, desejam que sejam restituídos por animais e objetos da mesma natureza que estão no território da Alemanha até a data em que o presente Tratado entre em vigor; (b) Materiais de reconstrução (pedras, tijolos, tijolos refratários, telhas, madeira, janela de vidro, aço, cal, cimento, etc.), maquinários, aparelhos de aquecimento, mobília e itens de caráter comercial que os já mencionados Governos desejarem que seja produzido e manufaturado na Alemanha e entregues a eles a fim de que permita a restauração das áreas invadidas. (TREATY OF VERSAILLES, p. 151, tradução nossa)⁸

7 No original em inglês: ARTICLE 160. (1) By a date which must not be later than March 31, 1920, the German Army must not comprise more than seven divisions of infantry and three divisions of cavalry. After that date the total number of effectives in the Army of the States constituting Germany must not exceed one hundred thousand men, including officers and establishments of depots. The Army shall be devoted exclusively to the maintenance of order within the territory and to the control of the frontiers. The total effective strength of officers, including the personnel of staffs, whatever their composition, must not exceed four thousand. (2) Divisions and Army Corps headquarters staffs shall be organised in accordance with Table No. I annexed to this Section. The number and strengths of the units of infantry, artillery, engineers, technical services and troops laid down in the aforesaid Table constitute maxima which must not be exceeded. The following units may each have their own depot: An Infantry regiment; A Cavalry regiment; A regiment of Field Artillery; A battalion of Pioneers. (3) The divisions must not be grouped under more than two army corps headquarters staffs. The maintenance or formation of forces differently grouped or of other organisations for the command of troops or for preparation for war is forbidden. The Great Germany General Staff and all similar organisations shall be dissolved and may not be reconstituted in any form. The officers, or persons in the position of officers, in the Ministries of War in the different States in Germany and in the Administrations attached to them, must not exceed three hundred in number and are included in the maximum strength of four thousand laid down in the third sub-paragraph of paragraph (1) of this Article. (TREATY OF VERSAILLES, MULTILATERAL AGREEMENTS 1918-1930, p. 115).

8 No original em inglês: The Allied and Associated Governments may file with the Reparation Commission lists showing: (a) Animals, machinery, equipment, tools and like articles of a commercial character, which have been seized, consumed or destroyed by Germany or destroyed in direct consequence of military operations, and which such Governments, for the purpose of meeting immediate and urgent needs, desire to

Outro assunto, foi as quantias de carvão que o país deveria fornecer como ressarcimento. Países como França, Itália e Bélgica seriam grandes beneficiários nesse quesito, pressionando economicamente os Alemães: à França, deveriam ser entregues anualmente 7 milhões de toneladas de carvão durante um período de dez anos, bem como um tanto a mais a fim de reparar o dano causado à destruição de minas de carvão francesas durante a guerra⁹; à Bélgica, deveria ser entregue 8 milhões de toneladas de carvão por ano; à Itália, de julho de 1919 a junho de 1920 deveriam ser entregues 4,5 milhões de toneladas, de julho de 1920 a junho de 1921, 6 milhões de toneladas – e assim por diante até 1924 quando estabilizariam a 8,5 milhões de toneladas anualmente pelos próximos cinco anos subsequentes.

Em 1918, após o fim da guerra, a Alemanha havia produzido cerca de 258.854.000 toneladas de carvão. Ao perder seus mais ricos territórios produtores de carvão, em meados de 1923 esse número fora reduzido drasticamente para 180.474.000 toneladas. Dentro desse mesmo período de cinco anos, a produção de minério de ferro caiu de 18.392.000 toneladas para 5.118.000 toneladas. Da mesma forma, a produção de aço caiu de 14.092.000 toneladas para 6.305.000 toneladas. Dentro dessa perspectiva, não requer muito para que reconheçamos que a perda de seus territórios industrializados consistiu num grande golpe ao antes grandioso poderio industrial da Alemanha.

Tendo em vista que os termos do tratado foram excepcionalmente cruéis, era razoável que fossem dadas chances de uma negociação real aos alemães. Contudo, a eles cabiam somente aceitar o que fora imposto. Isso tudo, quando combinado com as demandas excessivas e humilhantes de reparação exigidas, desempenhou um papel importante no que se refere à queda da República de Weimar. De fato, nos anos que se seguiriam, as facções antirrepublicanas na Alemanha – em especial os nazistas – posteriormente iriam explorar

have replaced by animals and articles of the same nature which are in being in German territory at the date of the coming into force of the present Treaty; (b) Reconstruction materials (stones, bricks, refractory bricks, tiles, wood, window-glass, steel, lime, cement, etc.), machinery, heating apparatus, furniture and like articles of a commercial character which the said Governments desire to have produced and manufactured in Germany and delivered to them to permit of the restoration of the invaded areas. (TREATY OF VERSAILLES, MULTILATERAL AGREEMENTS 1918-1930, p. 151)

- 9 “Germany undertakes to deliver to France seven million tons of coal per year for ten years. In addition, Germany undertakes to deliver to France annually for a period not exceeding ten years an amount of coal equal to the difference between the annual production before the war of the coal mines of the Nord and Pas de Calais, destroyed as a result of the war, and the production of the mines of the same area during the years in question: such delivery not to exceed twenty million tons in anyone year of the first five years, and eight million tons in anyone year of the succeeding five years. It is understood that due diligence will be exercised in the restoration of the destroyed mines in the Nord and the Pas de Calais”. (TREATY OF VERSAILLES, MULTILATERAL AGREEMENTS 1918-1930, p. 154).

justamente essa atitude desdenhosa por parte dos Aliados em suas campanhas de propaganda a fim de causar grande impacto nas massas.

O impacto provocado pelo Tratado de Versalhes foi tão intenso tornando possível afirmar que o texto iria determinar muito no que se refere à queda da República de Weimar, visto que foi justamente o recém-formado governo em Weimar que aceitou as diretrizes do texto, resultando num descontentamento não só por parte dos conservadores, como também causou grande aborrecimento entre a esquerda alemã. Em última instância, portanto, pode-se afirmar que o Tratado de Versalhes massacrou ainda mais a aparente fragilizada moral alemã. Doravante, cumpre tratar sobre os aspectos políticos concernentes à jovem república.

UMA ENCRUZILHADA REPUBLICANA

Em meio a um período turbulento, no pós-guerra, a República foi estabelecida após a revolta por parte de trabalhadores e militares contra a recusa do governo de pôr um fim ao conflito. Em novembro de 1918, o Kaiser Guilherme II¹⁰ já havia fugido do país, um governo provisório formou-se com a liderança do político Friedrich Ebert. O novo Parlamento reuniu-se na cidade de Weimar e elaborou uma nova constituição, estabelecendo um modelo democrático na Alemanha. Ebert fora eleito o primeiro presidente da nova república.

Em 9 de novembro, o príncipe Max von Baden transferiu o poder, em um ato de aparente legitimidade e continuidade, para o líder do SPD Friedrich Ebert, que assumiu como “chanceler imperial”. Devido aos tumultos revolucionários em Berlim e os rumores de mais ação radical, foi proclamada a República. Essa República, cuja forma exata ainda não era clara no momento, enfrentou tarefas e problemas imediatos: desmobilizar soldados, assinar um armistício, lidar com revoltas e levantes por toda a Alemanha, reconstruir a economia e garantir um abastecimento adequado de comida e – no contexto de todos esses distúrbios – elaborar uma nova Constituição aceitável na Alemanha pós-imperial. [...] O próprio governo inicial era um compromisso, com um “Conselho dos Representantes do Povo”, estabelecido em 10 de novembro, que consistia de três membros do SPD e três do USPD e com legitimidade por meio da confirmação de representantes do conselho de Berlim. No entanto, no congresso do Conselho em dezembro, com representantes de toda a Alemanha, ocorreram as primeiras divisões sérias entre socialistas radicais e moderados. Embora a maioria dos 500 representantes apoiasse o SPD e os planos de Ebert de eleições para uma assembleia nacional constituinte na qual se traçaria uma nova Constituição para a Alemanha, uma minoria apoiou as visões mais radicais do USPD, que criticou o “governo de Ebert por procrastinação”, que se recusou a empreender a reforma socioeconômica antes da mudança constitucional ou a reformar as forças armadas. A defesa de Ebert era a de que não havia necessidade de “nacionalizar uma bancarrota”, e boas relações com o Exército eram essenciais para a mobilização e reconstrução sistemática, ambos os pontos questionados na época, assim como mais tarde. Ao que se constatou, o USPD

10 Friedrich Wilhelm Viktor Albrecht von Preußen. (Berlim, 27 de Janeiro de 1859 – Doorn [Holanda], 4 de Junho de 1941) foi o último Imperador alemão e Rei da Prússia, tendo governado o Império da Alemanha e o Reino da Prússia entre 15 de junho de 1888 e 9 de novembro de 1918

rompeu finalmente com o SPD, deixando um gabinete só composto pelo SPD; e no final de dezembro de 1918, o grupo “espartaquista” de esquerda, que como o USPD tinha divergências cada vez maiores com o SPD, formou o novo Partido Comunista da Alemanha, o KPD. (FULBROOK, 2012, p. 173-174)

A transferência de poder de Max von Baden para Friedrich Ebert, ou seja, a transição para a república, pode não ser vista tão positivamente como se imagina, porque, em última instância, o “governo que Ebert assumia era o antigo governo” (LOUREIRO, 2005, p. 56), não havendo qualquer transformação geral. Pelo contrário, fora mantido todo o aparato burocrático do antigo regime.

Apesar do aparente caráter progressista, a democracia era débil e amplamente impopular entre os alemães. Esse sentimento de reprovação com relação ao novo governo se deu pelo fato de que várias frentes o acusavam de se render docilmente a Tríplice Entente em 1918, bem como fora associado com o sentimento de derrota, já que, a opinião pública acreditava que a Alemanha deveria ter continuado a lutar e não se curvado ao tratado de paz. O detalhe, é que com a entrada dos EUA, com toda sua produção industrial intacta, com recursos estatais, e o entusiasmo inicial de entrar na Guerra, derrubaram o moral do Exército no front.

Com os inúmeros problemas econômicos que eclodiriam, tanto extremistas da esquerda quanto da direita fizeram uma série de tentativas de golpes a fim de derrubar o recém-formado governo republicano, onde viam unicamente a possibilidade de ou seguir o modelo bolchevique soviético, ou um (improvável) retorno do governo imperial.

A proclamação de uma República não sufocou a insatisfação. Em Berlim, em janeiro de 1919, foram suprimidos pelo Exército e pelas unidades dos Corpos Livres (Freikorps – grupos voluntários financiados pela indústria e organizados pelo Exército) novos levantes, e assassinados alguns de seus líderes, como Rosa Luxemburgo e Karl Liebknecht. Isso provocou o aumento da hostilidade e ressentimento dos críticos de esquerda do SPD. A divisão entre socialistas moderados e radicais sobreviveria até o colapso da democracia Weimar, quando os comunistas viam os Socialdemocratas como um mal maior até do que os nazistas. Por toda a Alemanha na primeira metade de 1919 parecia que os Socialdemocratas contavam com forças da antiga ordem para suprimir as iniciativas a favor da nova. (FULBROOK, 2012, p. 175)

A despeito da mudança abrupta que fora a passagem do Império para a República, percebe-se que independentemente do afastamento de Guilherme II, destaca-se que “o regime Guilhermino continuou fazendo sentir a presença de seus hábitos de fazer e pensar o político no novo regime devido à intervenção de atores políticos e intelectuais formados na cultura do regime anterior”. (BUENO, 2011, p. 685).

Diante disso, a Democracia combatia internamente não só as inúmeras sequelas

resultantes da guerra – tanto no campo econômico quanto no social – mas também enfrentava uma tradição marcada pelo autoritarismo que se mostrava disposta a combater qualquer mudança que contradissesse seus valores. Assim sendo, essa ala que rejeitava as mudanças do novo governo se mostrava como disposta a pôr um fim à República.

A CONSTITUIÇÃO WEIMAR E O REICHSTAG

Em resposta à revolução de novembro de 1918, a Monarquia fora destituída por uma democracia parlamentar, emergindo a República de Weimar – assim denominada, pois foi na cidade de Weimar que a nova constituição fora adotada. A eleição para a Assembleia Nacional Constituinte ocorrida no dia 19 de janeiro de 1919 foi a primeira eleição direta nacional, inclusive, nessa ocasião as mulheres exerceriam pela primeira vez o direito de votar e de serem votadas.

En enero de 1.919 pudieron ya celebrarse elecciones libres para cubrir los puestos de la Asamblea Nacional, logrando mayoría los partidos de centroizquierda, que daban su asentimiento al orden estatal republicano y democrático. Su tarea fundamental consistía en la elaboración de la Constitución. La sede de las deliberaciones estaba en Weimar. Se eligió esta ciudad como símbolo de la renuncia al „espíritu militar de Potsdam“, y como proclamación de fidelidade a la gran tradición del espíritu alemán, que había logrado fama y significación universal en Weimar gracias a Goethe y Schiller. La Constitución, redactada por el professor Hugo Preuss, entró en vigor el agosto de 1.919. Enlazaba con la Constitución de la Paulskirche de 1.849 y se organizaba en dos títulos: „Estructura y competencias del Imperio“ y „Derechos y deberes fundamentales de los alemanes“. Aun cuando la „Constitución de Weimar“ acentuaba asimismo el carácter la unidad del Reich, al que se trasladaron derechos fundamentales que habían sido hasta el momento ejercidos por los territorios. El Reich estaba facultado incluso para establecer principios fundamentales em el dominio cultural, que tenían que ser respetados por los territorios em su labor legislativa. Por otra parte, tal fortalecimiento del centralismo condujo pronto, sobre todo en Baviera, a la crítica de la Constitución y al apoyo de aquellas fuerzas que mantenían ante la nueva República una actitud crítica y hasta contraria. (TENBROCK, 1968, p. 257-8)

Versando sobre as constituições promulgadas após a primeira guerra mundial, Gilberto Bercovici chama a atenção argumentando que, de modo geral, há algumas características marcantes e comuns em todas elas, a saber: uma certa noção de que deveria ser dever do estado resguardar certos direitos e garantias sociais que são fundamentais a todo ser humano (BERCOVICI, 2003, p. 11). Não obstante a isso e, em especial acerca da Constituição de Weimar, salienta de forma belíssima que:

Estas novas Constituições consistem em uma tentativa de estabelecer uma democracia social, abrangendo dispositivos sobre a ordem econômica e social, família, educação e cultura, bem como instituindo a função social da propriedade. As concepções sociais ou socializantes, assim como a determinação de princípios constitucionais para a intervenção estatal nos domínios social e econômico, são,

assim, consideradas fundamentos do novo “constitucionalismo social” que se estabelece em boa parte dos Estados europeus e alguns americanos. A mais célebre destas novas Constituições, que influenciou as elaboradas posteriormente, foi a Constituição de Weimar, de 1919. A Constituição de Weimar foi elaborada sem maiorias claras, em um contexto político cujo equilíbrio era precário e instável. Desta forma, não era uma Constituição homogênea, monolítica, mas uma expressão das relações entre as forças políticas em disputa em 1919. Neste quadro político, de acordo com Detlev Peukert, só seriam possíveis duas saídas: uma Constituição instrumento de governo, limitando-se a organizar os poderes do Estado, ou uma síntese de conteúdos concorrentes, dentro de um quadro de compromisso deliberadamente pluralista. O julgamento (em geral, negativo) da Constituição de Weimar foi feito pela prática política posterior a ela. Ainda de acordo com Peukert, só seria feita justiça em relação à Constituição se fossem levadas em consideração as diferentes possibilidades potencialmente contidas em seu texto e que não puderam se realizar nas condições políticas e econômicas da década de 1920. A Constituição de Weimar era um compromisso politicamente aberto de renovação democrática na Alemanha. O difícil em sua análise não é demonstrar suas incoerências, mas definir qual seria a saída satisfatória no contexto complexo e contraditório de uma sociedade industrial moderna nas condições alemãs do pós-Primeira Guerra Mundial. (BERCOVICI, 2003, p. 11-12, grifo nosso)

Percebe-se que, ao menos em parte, desde seus primórdios a nova Constituição sempre teve como base um ideal democrático, haja vista que – entre outros pontos – “buscava a incorporação das classes trabalhadoras no Estado com base na emancipação política completa e na igualdade de direitos” (BERCOVICI, 2003, p. 14). Sobre essa noção de um texto constitucional avançado para seu tempo, Robert-Hermann Tenbrock defende o seguinte:

La „Constitución de Weimar“, con su espíritu liberal y social, podía colocarse dignamente junto a las constituciones de las grandes democracias occidentales. Pero una constitución no configura por sí sola la vida de un pueblo y de una nación. La democracia alemana hubo de ver, en el momento mismo de su nacimiento, que los alemanes se hallaban aún lejos de poseer pensamientos, sentimientos y acciones de carácter democrático. El pueblo alemán había olvidado la distinción entre lo que tiene o no valor político. Al darle con la „Constitución de Weimar“ súbitamente libertad, en medida tal que apenas la conocieron las democracias de la Antigüedad, no supo hacer uso de ella. La libertad se convitió esencialmente en un medio, recibido con alegría por los alemanes ocupados en la política o en la formación de la opinión pública, para injuriar y atacar impunemente el orden estatal democrático. La República estaba gravada con el rencor de la derrota. (TENBROCK, 1968, p. 258)

Todavía, como já mencionado em outro momento, apesar dos avanços em que apresentava, desde o período inicial de vigência, a nova república sofria constantes ataques e levantes em várias cidades do país, tanto por parte de radicais de partidos¹¹ da esquerda

11 Apesar do surgimento de alguns partidos políticos, do ponto de vista burocrático, o sistema partidário da República de Weimar mostrou uma notável continuidade em relação ao sistema Imperial. O Partido Social-Democrata Alemão (SPD), com raízes nas classes trabalhadoras, consistiu na força política mais significativa entre os anos de 1919 a 1932. Ele forneceu vários chanceleres, bem como o primeiro presidente do Reich, Friedrich Ebert, que perdurou no cargo de 1919 a 1925. No entanto, com frequência se viu na oposição bancos também. O Partido do Centro (Zentrum) viu o seu papel como representante político dos interesses da população católica. Ele forneceu a maioria dos Chanceleres e foi membro de cada coalizão governamental até 1932. O Partido Democrático Alemão (DDP) – liberal de centro-esquerda, conhecido a partir de 1930 como o Partido do Estado Alemão (DStP) – teve grande influência na formação da

quanto da direita alemã.

A insatisfação com o status quo não se restringia aos Estados derrotados, embora estes, notadamente a Alemanha, sentissem que tinham bastantes motivos para ressentimento, como de fato tinham. Todo partido na Alemanha, dos comunistas na extrema esquerda aos nacional-socialistas de Hitler na extrema direita, combinavam-se na condenação do Tratado de Versalhes como injusto e inaceitável. (HOBSBAWN, 2011, p. 43)

No tocante aos juristas partidários e não partidários do modelo constitucional adotado de inserção de certas garantias sociais, Bercovici ressalta:

[...]. Os partidários da Constituição defendiam os direitos fundamentais com seu conteúdo essencial e os opositores da República os viam como um obstáculo desprezível, um resquício da burguesia liberal do século XIX, que deveria desaparecer na sociedade alemã vindoura. O defensor mais influente desta última concepção foi Carl Schmitt. Em sua Teoria da Constituição (Verfassungslehre), de 1928, ele afirmaria que a Constituição de Weimar era uma Constituição por conter decisões políticas fundamentais sobre a forma de existência política concreta do povo alemão. No entanto, ela também possuía em seu texto inúmeros compromissos e obscuridades que não representavam decisão alguma, mas, pelo contrário, cuja decisão havia sido adiada. Schmitt também se preocupou em estabelecer a relação dos direitos fundamentais com a parte organizacional da Constituição, embora considerasse a segunda parte da Constituição de Weimar uma proclamação política programática e incoerente (um “bloßes Programm”), realçada com a contradição intrínseca que existiria entre a previsão dos direitos individuais e dos direitos sociais no mesmo texto constitucional. Na sua visão, imperavam dois programas distintos na Constituição de Weimar: um, a decisão política, voltado para o Ocidente, representado pelo Estado de Direito burguês da tradição de 1789, que estava consagrado na primeira parte (organizacional) da Constituição. O outro, era o programa político-social da segunda parte, voltado para a União Soviética. (BERCOVICI, 2003, p. 16-7)

Não obstante a isso, ainda no que concerne à crítica de Carl Schmitt à Constituição de Weimar, segue dizendo:

Os compromissos da Constituição de Weimar, denominados “compromissos dilatórios” (dilatatorischen Formelkompromiß) por Schmitt, seriam fruto das disputas partidárias que adiaram a decisão sobre certos temas e teriam apenas gerado confusão aos intérpretes constitucionais. Afinal, para Carl Schmitt, nestes dispositivos, a única vontade é a de não ter, provisoriamente, nenhuma decisão naquele assunto, não sendo possível, portanto, interpretar uma vontade inexistente. Os “compromissos dilatórios” representam, na verdade, apenas uma vitória tática obtida por uma coalizão de partidos em um momento favorável, cujo objetivo é preservar seus interesses particulares contra as variáveis maiorias parlamentares. Os “compromissos dilatórios” seriam particularmente perceptíveis entre os direitos fundamentais, cuja garantia seria debilitada com a inscrição de programas de reforma social de interesse de certos partidos políticos entre os direitos propriamente ditos. (BERCOVICI, 2003, p. 17)

Ora, Bercovici destaca que apesar das críticas constantes por parte de caricatos como Carl Schmitt, havia ainda aqueles juristas que defendiam a segunda parte da Constituição, que se referia aos direitos fundamentais, como Hermann Heller e Franz Neumann, por exemplo. O autor salienta que Heller tomava os referidos direitos como avanços constitucionais de ordem

Constituição de Weimar e também foi representado na maioria dos governos no período até 1932.

econômica e defendia as normas programáticas presentes no texto, realçando que nelas “continham a resposta para a polêmica entre a concepção capitalista e a reforma socialista da economia, buscando a conciliação e o acordo recíproco para uma distribuição mais justa dos recursos” (BERCOVICI, 2003, p. 23). Apesar da defesa proferida por Franz Neumann, diz o seguinte:

[...] Franz Neumann ressaltou a integração entre direitos fundamentais e democracia, entendendo ser perfeitamente compatíveis as duas partes da Constituição de Weimar. Neumann destaca o fato de os direitos fundamentais não serem entendidos mais nos tradicionais moldes liberais. Afinal, a Constituição de Weimar era, em boa parte, uma obra da classe operária e, portanto, não haveria nenhuma possibilidade de entendê-la como uma garantia da liberdade e propriedade burguesas. O objeto dos direitos fundamentais da Constituição não era a proteção da propriedade privada, mas a proteção do homem que trabalha e a garantia de sua emancipação. Ao interpretar positivamente o texto constitucional weimariano, Neumann destaca que a doutrina constitucionalista socialista deveria utilizar concretamente a segunda parte da Constituição. (BERCOVICI, 2003, p. 23-4)

Em se tratando dos partidos, o Partido Social Democrata da Alemanha (Sozialdemokratische Partei Deutschlands – SPD) e o Partido Alemão de Centro (Deutsche Zentrumspartei), o Partido Democrático Alemão (Deutsche Demokratische Partei – DDP) eram leais à nova República. Entretanto, apesar da parte total dos votos desses três partidos nas eleições para a Assembleia Nacional em janeiro de 1919, ter ascendido à marca de 70% dos votos, em junho de 1920 quando ocorreu as primeiras eleições para o Parlamento (Reichstag), eles perderiam sua maioria parlamentar daquele momento em diante. Com a exceção de várias coalizões, os governos, posteriormente, tendiam a formar coligações minoritárias de partidos liberais e conservadores moderados que dependiam de tolerância parlamentar.

Praticamente todos os governos do Reich durante o período weimariano foram caracterizados pela instabilidade crônica e prazos curtos na administração. Vide o fato de a cadeira de Chanceler passar por catorze Reichskanzler (Chanceler Imperial), entre os anos de 1919 e 1933, o que demonstrava a fragilidade dos gabinetes em conseguir implantar medidas em um país em convulsão social permanente. Os partidos políticos estavam profundamente enraizados nos seus círculos eleitorais sociais originais e, por causa do espaço limitado para a redistribuição da riqueza, também se mostravam relutantes em comprometer-se com outros partidos.

El derecho electoral de tipo proporcional puro, que se introdujo para conseguir el reparto más justo posible de los mandatos entre todos los votantes, facilitó la formación constante de nuevos partidos y permitió el que estuvieran representados en la Dieta del Reich, em ocasiones con um solo diputado. Alemania se convirtió en

un Estado de partidos, en el que los intereses de los partidos se colocaban no pocas veces por encima del bien común. Al depender el Canciller del Reich y los ministros de la confianza con una coalición de varios partidos, pues jamás logro un solo partido, durante la „época de Weimar“ entera, alcanzar la mayoría absoluta. Cuanto más numerosos eran los partidos necesarios para formar la mayoría, más débil era el gobierno. El ataque a fondo del „sistema de Weimar“, realizado por la oposición de izquierda y derecha, y tolerado casi sin resistencia por la República, huno de paralisar el conjunto del poder estatal en el momento en que tales partidos lograron alcanzar la mayoría en la Dieta del Reich, sin estar por su parte en situación de formar dobierno. (TENBROCK, 1968, p. 258-9)

A maioria dos governos do Reich de 1920 em diante incluíram tanto o Partido Popular Alemão (Deutsche Volkspartei – DVP), que inicialmente tomara uma postura cética com relação ao regime republicano e era notavelmente pertencente à ala centro-direita, quanto o Partido Popular da Baviera (Bayerische Volkspartei – BVP), que havia se separado do Partido do Centro em 1918 – também representado em muitas coalizões de governo, de 1922 em diante. Um ponto crucial que auxiliou a selar o destino da República de Weimar e alimentar a ascensão do NSDAP foi o estado de declínio constante do DDP e do DVP. Esses dois partidos liberais seriam reduzidos a pequenos grupos dissidentes e sem qualquer expressão ou representação política significativa até o fim da República.

Um dos maiores oponentes da República que, por sinal, tinham técnicas semelhantes ao NSDAP, era o Partido Popular Nacional Alemão (Deutschnationale Volkspartei – DNVP¹²), que consistia no representante direto da ala conservadora. Descontentes com a nova estrutura de governo e as mudanças culturais, advogavam em favor da monarquia e do retrocesso dos novos direitos conquistados. Todavia, vale ressaltar que essa “batalha interna” não se limitava à ala conservadora, mas inclusive o Partido Comunista Alemão (KPD¹³) se mostrava descontente com o novo regime e a maneira pelo qual surgira, tendo como finalidade primordial a imposição ou instauração de uma Ditadura Proletária, nos moldes da URSS.

No início da década de 1930, o Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães (NSDAP¹⁴) se beneficiaria dos constantes conflitos internos, da insegurança, dos abalos e miséria social que infligiam as camadas médias e baixas da população alemã mobilizando as massas a seu favor, tornando-se, assim, o maior partido com representação direta no Parlamento.

Parlamento que deteve grande papel na república weimariana, haja vista que consistiu no órgão central do período de vigência da Constituição de Weimar. Seus integrantes

12 DNVP – Deutschnationale Volkspartei.

13 KPD – Kommunistische Arbeiterpartei Deutschlands.

14 NSDAP – National-Sozialistische Deutsche Arbeiterpartei.

possuíam mandato de quatro anos e tinham como principal função a de legislar, aprovar o orçamento e, não obstante, manter um minucioso controle de limitação ante ao executivo. O trabalho interno era organizado por meio de comissões permanentes. Todavia, o chanceler não era eleito por meio de deliberações do parlamento, mas sim através de nomeação direta do Presidente.

Peter L. Lindseth, sobre a relação entre o Parlamento e o presidente, traz o seguinte:

A Constituição de Weimar [...] pareceu dar ao Presidente do Reich inúmeras vantagens estratégicas em qualquer disputa entre o poder presidencial e parlamentar. Em primeiro lugar, o artigo 25 concedeu ao Presidente o poder de dissolver o Reichstag e convocar novas eleições, indicando certa legitimidade democrática superior no Presidente ante a maioria parlamentar. Em segundo lugar, e talvez o mais famoso, o artigo 48 deu ao Presidente um conjunto inicialmente negligenciado, mas extremamente importante de poderes emergenciais que poderiam ser invocados nas situações “em que a segurança pública e a ordem estivessem gravemente perturbadas ou em perigo”. Nessas situações (muito comum sob a República de Weimar como se constatou), o primeiro parágrafo do artigo 48 concedeu aos Presidente um poder legislativo “reserva”, que incluía a autorização explícita de suspender certas liberdades individuais garantidas constitucionalmente – a proteção dos direitos de propriedade, bem como garantias de liberdade de expressão, reunião e associação. (LINDSETH, 2004, p. 1361-2, tradução nossa)¹⁵

O presidente – que era eleito diretamente pelo povo – fora revestido de grandes poderes pela Constituição, de tal forma que se contrapunha com facilidade ao legislativo. Aliás, previsto no artigo 48 da Constituição weimariana, um dos poderes que a ele competia enquanto Chefe de Estado era o de justamente dissolver o Reichstag quando julgasse conveniente. Também tinha a autoridade de decretar estado de emergência a qualquer momento em caso de ameaça contra a segurança pública, em prol de assegurar a manutenção da lei e da ordem social, como prevê em seu texto:

Artigo 48. Se um estado não cumprir com as obrigações impostas a ele pela Constituição ou as leis do Reich, o Presidente do Reich pode usar a força armada para fazer com que ela se cumpra.

No caso de a segurança pública estar seriamente ameaçada ou perturbada, o Presidente do Reich poderá tomar as medidas necessárias para reestabelecer a lei e a ordem, usando de força armada caso necessário. Na consecução desse objetivo, ele poderá inclusive suspender os direitos civis descritos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 154, parcial ou totalmente.

O Presidente do Reich deve informar ao Reichstag imediatamente sobre todas as

15 No original em inglês: “The Weimar Constitution [...] appeared to give the Reich President several strategic advantages in any contest between presidential and parliamentary power. First, Article 25 gave the President the power to dissolve the Reichstag and call new elections, suggesting a superior democratic legitimacy in the President over that of the parliamentary majority. Second, and perhaps more famously, Article 48 gave the President an initially overlooked⁶⁴ but extremely important set of emergency powers that could be invoked in situations “[w]here public security and order [were] seriously disturbed or endangered.” In these situations (all too common under the Weimar Republic as it turned out), the first paragraph of Article 48 gave the President a “reserve” legislative power that included explicit authorization to suspend certain constitutionally guaranteed individual liberties — the protection of property rights, as well as the guarantees of freedom of speech, assembly, and association” (LINDSETH, 2004, p. 1361-2).

medidas que estão baseadas nos parágrafos 1 e 2 do presente artigo. As medidas têm de ser imediatamente suspensas caso o Reichstag assim o exigir. Se o perigo for iminente, o governo estatal pode, pelo seu território específico, implementar medidas como as descritas no parágrafo 2. No entanto, essas medidas devem ser suspensas caso demandado pelo Presidente do Reich ou pelo Reichstag. Mais detalhes estão previstos na lei do Reich. (Tradução nossa)¹⁶

Para assegurar ou manter a lei e a ordem, o presidente poderia suspender direitos civis garantidos constitucionalmente como o previsto nos artigos 114 e 115 citados, que traziam em seu texto que os direitos dos indivíduos eram invioláveis, bem como o acesso a suas residências. O artigo 117 dizia respeito à privacidade, havendo a possibilidade de violação nos casos excepcionais. Não obstante, o artigo 118 merece certa atenção, pois trata da liberdade de expressão, isto é, de que todo alemão tinha direito de expressar sua opinião de qualquer forma possível, não havendo qualquer limitação ou censura, a menos em casos de perturbação da ordem pública, sendo cabível a sua suspensão. Os artigos 123, 124 e 154 tratavam sucessivamente de que todos os alemães tinham o direito de se reunirem pacífica e ordeiramente, formar clubes ou sociedades, e também o direito à herança. Em casos de emergência, todos esses direitos citados poderiam ser parcialmente ou totalmente revogados, como prevê o artigo 48, conforme a circunstância.

Tais poderes nas mãos do presidente do Reich levam ao questionamento, em que motivos, poderiam consistir em justificativas para determinar o estado de emergência. Ou quais seriam os critérios para tal determinação. No fundo, a decisão de deliberar sobre o estado excepcional pairava única e exclusivamente nas mãos presidenciais, tornando o Legislativo um mero apêndice do Executivo.

A Constituição Weimar, que entrou em vigor em 11 de agosto de 1919, pareceu bastante progressiva. Um presidente seria eleito por voto popular direto por um período de sete anos, e como um “imperador substituto” (Ersatzkaiser), o presidente tinha poderes consideráveis que incluíam o direito de nomear e demitir chanceleres, dissolver o parlamento e convocar novas eleições e convocar um referendo nacional. No final das contas, o mais notório dos poderes do presidente Weimar estava incorporado no Artigo 48 da Constituição: o direito de governar por decreto de emergência. (FULBROOK, 2012, p.176-7)

16 O inteiro teor do artigo foi traduzido a partir do inglês. No original: “Article 48. If a state does not fulfil the obligations laid upon it by the Reich constitution or the Reich laws, the Reich President may use armed force to cause it to oblige. In case public safety is seriously threatened or disturbed, the Reich President may take the measures necessary to reestablish law and order, if necessary using armed force. In the pursuit of this aim he may suspend the civil rights described in articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 and 154, partially or entirely. The Reich President has to inform Reichstag immediately about all measures undertaken which are based on paragraphs 1 and 2 of this article. The measures have to be suspended immediately if Reichstag demands so. If danger is imminent, the state government may, for their specific territory, implement steps as described in paragraph 2. These steps have to be suspended if so demanded by the Reich President or the Reichstag. Further details are provided by Reich law”. Disponível em: <http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php#Third Chapter>. Acesso em: 27 mar 2016.

Apesar de aparentar o caráter progressista, claramente havia ainda resquícios da cultura política do Império. Detalhe que fica evidente na medida em que se observa a figura do presidente como um “imperador”, como o soberano possuidor do poder de decisão. Nota-se tal fato com a figura presidencial que dominou a cena política após o falecimento de Friedrich Ebert, foi do Ex-Marechal do Imperial, Paul Von Hindenburg, que somente saiu do Executivo também, ao falecer, abrindo caminho para a posterior ascensão de Adolf Hitler.

Nesse ponto, na questão da detenção do poder de decisão nas mãos do soberano, Gilberto Bercovici, ao comentar sobre o “decisionismo” de Carl Schmitt, frisa de forma brilhante:

“Soberano é quem decide sobre o estado de exceção”, com esta célebre frase, que inicia seu livro *Teologia Política (Politische Theologie)*, Carl Schmitt destacou a soberania como uma função politicamente indispensável para afirmar uma ordem. O sentido concreto da controvérsia sobre soberania se dá sobre aquele que decide, em caso de conflito, em que consiste o interesse público e o do Estado, a segurança e a ordem públicas. A necessidade do soberano era por ele interpretada na inafastabilidade da exceção, na normalidade da exceção. A soberania é “competência” imprevisível, estranha às normas de direito público, pois não se trata do término do direito, mas de sua própria origem. Para Schmitt, a soberania era a afirmação da ordem e, ao mesmo tempo, a sua negação. Deste modo, definir soberania como decisão sobre o estado de exceção significa dizer que o ordenamento está à disposição de quem decide. O soberano, assim, está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico, pois ao utilizar o seu poder de suspender a validade do direito, coloca-se legalmente fora da lei. O estado de exceção se justifica pela situação de ameaça à unidade política, portanto, não pode ser limitado, a não ser que esta unidade deixe de existir. Não se trata do limite político do direito, pois Schmitt recusava a separação entre direito e política. A exceção não poderia se manifestar no limite do direito, pois só ela, exceção, permitiria, para Schmitt, que se chegasse à essência do direito. Em suma, é a exceção que revela o fundamento da ordem jurídica, portanto, da normatividade. A normatividade está, assim, subordinada às condições efetivas de sua instauração, ou seja, às decisões fundadoras da ordem jurídica. [...] A situação excepcional não é, ao contrário do que possa parecer, anarquia ou caos, pois sempre subsiste uma ordem, mesmo que não seja jurídica. Não existe uma norma que possa ser aplicada no caos. O estado de exceção existe para criar a situação na qual o direito poderá valer. A exceção é o caso excluído da norma geral, mas não está fora da relação com a norma, nas palavras de Agamben: “A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta”. No caso da exceção, o Estado suspende o direito em virtude de um direito de auto-conservação. A ordem normal deve ser criada e o soberano decide definitivamente se essa situação normal existe realmente. O soberano, para Schmitt, tem o monopólio da decisão última, no que residiria a essência da soberania do Estado. A soberania do Estado não consiste no monopólio da coerção ou da dominação, mas da decisão. (BERCOVICI, 2003, p. 50-3)

Como vimos, no artigo 48, em situações excepcionais, ao presidente era concedido inclusive o poder de suspender direitos fundamentais garantidos constitucionalmente como as liberdades individuais do povo alemão. Apesar do fato de o dispositivo legal prever a interferência – conferindo-lhe autoridade estritamente para resolver conflitos civis –

eventualmente se tornou uma saída para que o “soberano” contornasse o Parlamento na condição de detentor de amplos poderes legislativos (cf. LINDSETH, 2004).

Percebe-se que era transferido ao Executivo os poderes necessários para coibir inclusive crises de caráter econômico, por exemplo, como bem nos pontua Gilberto Bercovici, havendo a possibilidade de recorrer a esse dispositivo em casos de extrema urgência em que medidas econômicas excepcionais – especialmente imposição de impostos – deveriam ser tomadas.

O poder do Presidente do Reich de promulgar decretos com força de lei, de acordo com a segunda parte do artigo 48, torna-se essencial quando a situação excepcional e de necessidade se desenvolve no âmbito econômico e financeiro, quando se trata de um “estado de emergência econômico” (Wirtschaftsnotstand ou wirtschaftliche Notund Ausnahmestand). Schmitt afirma que é admissível, sob a pressão de certos estados de necessidade essencialmente econômicos, a possibilidade de aplicar as atribuições extraordinárias (estado de exceção, perigo considerável à segurança e ordem públicas) também poderiam estar fundadas em uma situação de necessidade econômica e financeira ou em perigo que dela derivasse. O caráter inicialmente econômico e financeiro da situação, assim, não excluiria a aplicação das medidas extraordinárias. Inerente a isto estava, portanto, segundo Schmitt, o direito de o Presidente do Reich promulgar, com força de lei, decretos de matéria e caráter econômico e financeiro. Schmitt justifica esta interpretação adequada às peculiaridades concretas da situação excepcional de um Estado economicamente oprimido e que, ao mesmo tempo, suporta grandes encargos sociais. (BERCOVICI, 2003, p. 68)

Esse é um ponto extremamente importante, haja vista que a República de Weimar enfrentaria grandes problemas econômicos resultantes de um ciclo inflacionário vicioso como saldo da Primeira Guerra Mundial. Antes, a Alemanha possuía uma das economias mais dinâmicas do mundo, porém somando às custas do conflito, e as enormes quantias que deveriam ser ressarcidas pela Alemanha aos países vencedores, repercutiram em uma hiperinflação no período weimariano, trazendo inúmeras dificuldades ao povo alemão e acentuando ainda mais a crítica ao novo governo.

O PANORAMA POLÍTICO E ECONÔMICO DA JOVEM REPÚBLICA

No que concerne ao colapso da primeira República fundada em território alemão, há inúmeros fatores a serem considerados que antecedem a ascensão ao poder do partido nazista (ou Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei – NSDAP), e de seus poderosos líderes, como Heinrich Himmler, Joseph Goebbels, Hermann Göring, além de Adolf Hitler, líder máximo do partido e Chanceler Alemão a partir de 1933.

Verifica-se toda a situação como uma combinação única, que só pôde existir devido ao contexto presente na Alemanha, algo que não se verificou em outros países que tiveram

figuras carismáticas, partidos políticos, ou uma conjuntura fascista semelhante. Podemos dividir este período com dois elementos principais, da qual trataremos daqui em diante.

O primeiro elemento deriva da memória coletiva construída a partir do cenário instaurado posterior à Primeira Guerra Mundial, em que havia situação de caos em todas as esferas sociais. O quadro de fome, desordem econômica, governo fragilizado, além da morte de quase dois milhões de alemães e o saldo aproximado de quatro milhões de feridos resultantes do conflito, era algo que se via nas ruas, e dentro dos lares alemães, de maneira objetiva.

O segundo elemento decorre da visão subjetiva de cada indivíduo em que há um grande sentimento de fracasso e frustração individual pela derrota militar, alimentada pela passividade na aceitação do Armistício, e na vitória dos aqui-inimigos franceses. Tudo isso resultou na busca por culpados dentro do país, e na elaboração de mitos, como o de que, o Exército alemão poderia ter saído vitorioso do conflito caso não tivessem sido traídos internamente.

Nesse ponto, destaca-se a criação do famigerado mito da “punhalada nas costas” (Dolchstosslegende). Buscava-se afirmar publicamente que judeus, socialistas e moderados eram os culpados por toda desgraça acometida ao povo alemão, por todo o sentimento de desmoralização e fracasso enquanto nação¹⁷. A disseminação do mito estipulava certos

17 Hitler, em sua obra *Minha Luta*, acusa abertamente os judeus e comunistas de serem os “culpados” pela desgraça que viria posteriormente. Sobre esse ponto, é interessante citar alguns trechos do comentário que ele faz sobre a Revolução de 1918 – que culminou no fim da guerra – e os culpados por ela. Verifica-se que há claramente um sentimento de profunda tristeza com o findar do Império e um intenso desdém para com o recém-formado regime republicano. Nas suas palavras: “Já há algum tempo pairava no ar algo de incerto e desagradável. Dizia-se que, dentro de algumas semanas, ia haver alguma cousa! Eu não compreendia o que se queria dizer com isso. [...] E, finalmente, um dia, inopinadamente, deu-se a desgraça. Marinheiros vindos em caminhões incitavam à revolução. Alguns rapazolas judeus eram os “dirigentes” dessa luta pela “liberdade, beleza e dignidade” de nosso povo. Nenhum deles tinha estado no front. Os três orientais tinham sido mandados para casa pelo recurso a um “lazareto de doenças venéreas”. Agora içavam na Pátria o trapo vermelho. [...] Ainda tive a esperança de que se tratasse de uma traição mais ou menos de caráter local. [...] Nunca pude imaginar que também em Munique a loucura se desencadeasse. A mim me parecia que a fidelidade à digna casa de Wittelsbach fosse mais forte do que a vontade de alguns judeus. [...] Os dias seguintes foram passando e, com eles, veio a mais terrível certeza de minha vida. Os boatos aumentavam constantemente. O que eu tinha tomado por uma questão local era na realidade uma revolução geral. [...] A dez de novembro o velho pastor veio ao hospital para uma pequena prédica. [...] O velho e digno senhor parecia tremer ao nos comunicar que a casa dos Hohenzollern não mais poderia usar a coroa imperial e que a Pátria se tinha transformado em república, e que só restava pedir ao Todo-Poderoso que concedesse a sua bênção a essa transformação e não abandonasse o nosso povo de futuro. [...] No pequeno salão havia profundo desânimo em todos os corações e creio que não havia quem pudesse conter as lágrimas. Quando o pastor procurou continuar e começou a comunicar que teríamos que acabar essa longa guerra e que a nossa Pátria, agora que tínhamos perdido a guerra e estávamos sujeitos à misericórdia do inimigo, iria sofrer grandes opressões e que o armistício seria aceito dependendo da magnanimidade dos nossos inimigos – eu não me contive. [...] Tudo tinha sido em vão. Em vão todos os sacrifícios e privações, e em vão a fome e a sede de meses sem fim. Em vão as horas em que, transidos de pavor, cumpríamos assim mesmo o nosso dever, e em vão a morte de dois milhões que então caíram. Seria que não se iam abrir os túmulos das

inimigos, sendo estes passíveis de perseguição e, talvez, enfrentamento.

Tudo o que ocorreu foi devido ao cenário favorável para tais ilações, já que havia muitas meias verdades na jovem república que proporcionavam esse tipo de alegação e, inclusive, a admissão de adeptos que auxiliavam na propagação dessas falsas acusações. Ou seja, em um quadro de fome e desemprego, pessoas comuns se apegavam em questões simbólicas, e acabaram por serem peças de publicidade que alavancou o movimento conservador antirrepublicano.

Mesmo com a substituição do Império Alemão de Guilherme II pela República de Weimar com a liderança de Friedrich Ebert, a sociedade ainda não comportava tamanha mudança. De fato, mesmo com a dissolução do Império, mínimas foram as modificações dentro das velhas instituições e do velho aparato burocrático. Algumas lideranças militares foram mantidas intactas e a burocracia administrativa não sofreu alterações, de modo a conservar as instituições funcionando. Além disso, no meio dos grandes empresários e industriais houve uma ampla insatisfação com a fundação de uma República de cunho socialdemocrata, que se mostrava um tanto quanto progressista demais para os moldes tradicionais. Em última instância, aqueles que se encontravam na posição de guiar as questões políticas facilmente manipulavam ou obstruíam na medida que não concordavam.

Vale ressaltar o papel exercido pelo judiciário – conservador e nacionalista – que fora mantido intacto, corroborando a noção de que houve certo abrandamento com os conservadores e uma certa severidade no que se refere ao tratamento para com os membros do Partido Comunista da Alemanha (Kommunistische Partei Deutschlands – KPD), e do Partido Comunista Operário da Alemanha (Kommunistische Arbeiterpartei Deutschlands – KAPD). O Incêndio do Reichstag, em que os líderes dos partidos de extrema-esquerda foram presos, e seus deputados impedidos de assumirem cadeiras no Parlamento é uma boa representação

centenas de milhares que outrora tinham partido com fé na Pátria para nunca mais voltarem? Não se iriam abrir esses túmulos, a fim de enviarem à nação os heróis mudos enlameados e ensanguentados, quais espíritos vingativos, pela traição do maior sacrifício que um homem pode oferecer nesse mundo? Foi para isso que morreram os soldados de agosto e setembro de 1914? Foi para isso que se lhes ajuntaram os regimentos de voluntários do Outono desse mesmo ano? Foi para isso que rapazes de 17 anos tombaram na terra de Flandres? Era esse o sentido do sacrifício oferecido pelas mães alemãs à Pátria, quando, com o coração partido, deixavam partir seus filhos mais caros para não mais revê-los? Tudo isso aconteceu para que agora um punhado de miseráveis criminosos pudesse pôr a mão sobre a Pátria? [...] Valeria a Alemanha do passado menos do que supúnhamos? Não tinha ela obrigações para com a sua própria História? Éramos nós ainda dignos de nos cobrir com a glória do seu passado? Como poderíamos justificar às gerações futuras esse ato do presente? Miseráveis e depravados criminosos! [...] O imperador Guilherme II tinha sido o primeiro imperador alemão que tinha oferecido a mão à conciliação com os líderes do marxismo, sem se lembrar que bandidos não têm honra. Enquanto eles seguravam a mão do imperador com a outra procuravam o punhal. Com judeus não se pode pactuar. Só há um pró ou um contra” (HITLER, 1983, p. 134-6, grifo nosso).

dessas perseguições, pois intelectuais contrários à República mantiveram suas posições sem qualquer objeção, de forma que perpetraram campanha contrária ao modelo de Estado que se instituía em 1918.

Houve erros estratégicos fatídicos, mas os homens de Weimar cometeram um erro ainda mais fatal, quando falharam em subjugar ou transformar o funcionamento da antiga ordem: os militares, os funcionários públicos e os tribunais. A casta militar havia saído da guerra desmoralizada, seu prestígio esfacelado, em pânico, prontos para qualquer concessão. Os generais haviam conduzido a Alemanha ao desastre, mentido tanto a si mesmos quanto ao mundo, desperdiçando vidas incontáveis. Mais tarde, em 1918, Friedrich Meinecke admitiu que “as reivindicações ilimitadas do conchavo pan-militarista conservador alemão” os desacreditaram completamente. No entanto, poucos anos depois esse conchavo havia readquirido o seu carisma em várias esferas do público e havia onerado a República com a lenda de um Exército alemão imbatível apunhalado pelas costas, em seu território, pelos Judeus e Comunistas – a conhecida Dolchstosslegende. (GAY, 1978, p. 33)

O acordo de paz assinado em Versalhes impôs condições extremamente duras à Alemanha, trazendo uma sensação de vergonha e humilhação imposta principalmente pela França, que possuía um anseio por vingança – devido à derrota na Guerra de 1870 – ao contrário da Inglaterra e dos EUA, que preferiam uma política mais branda com relação às reparações.

Entretanto, com o projeto do Presidente norte-americano Woodrow Wilson descartado, apenas quatro pontos dos quatorze apresentados. Obviamente que, não havendo consenso no modo como deveriam caminhar as negociações, colocou em lados opostos os EUA e Inglaterra contra a França. Americanos e Ingleses temiam que uma Alemanha enfraquecida acabaria sendo um polo para que ideias socialistas se propagassem com facilidade, devido ao surgimento do Estado Bolchevique. Além disso, uma Alemanha estável manteria a polarização de forças na Europa Central. No entanto, ao ser irredutível em suas propostas, os franceses acabaram afastando os americanos, que recusaram a ratificar o Tratado.

A gravidade dos termos propostos, geraram um intenso debate político. A maioria dos alemães se opuseram ao tratado. Grupos nacionalistas de cunho conservador foram surgindo e se organizando, exigindo que o governo de Friedrich Ebert repudiasse o tratado e se recusasse a cumprir seus termos, principalmente o artigo 231 – ou a famosa “cláusula de culpa da guerra” – em que os representantes alemães em Versalhes assumiam a culpa total do conflito, inclusive a parte que cabiam aos aliados dos Impérios Austro-húngaro e Turco-Otomano.

Os moderados de Weimar rejeitavam esta abordagem, acreditando que iria ocasionar

uma retaliação, um estrangulamento econômico e até mesmo encadearia um novo conflito armado. A partir de 1923, quando Gustav Stresemann assumiu a Chancelaria, a abordagem do governo foi de restaurar as relações exteriores e trabalhar para uma renegociação do Tratado, de modo a promover um relaxamento dos seus termos punitivos. No senso comum, o povo alemão acreditava que a nação havia sido tratada injustamente em Versalhes, e que o governo Ebert havia docilmente sucumbido às vontades das potências estrangeiras. Isso era amplamente propagado entre as massas.

O peso das obrigações, dificultou a recuperação econômica da Alemanha do pós-guerra, prejudicando, assim, sua estabilidade política. Em 1922, a Alemanha foi incapaz de cumprir as parcelas trimestrais, provocando a ocupação da região do Vale do Ruhr por tropas francesas e belgas, além da, crise de hiperinflação de 1923 e a queda de dois gabinetes da Chancelaria em Weimar, inclusive a de Stresemann. As reparações permaneceram um assunto polêmico durante todo período republicano.

Até meados da década de 20, devido à instabilidade institucional, as críticas aumentavam consideravelmente. Incentivando – e incendiando ainda mais – este cenário, o Jurista Carl Schmitt fomentou um clima contraditório à República, a partir da publicação de dois importantes livros, *A Ditadura (Die Diktatur)* em 1921, e *Teologia Política (Politische Theologie)* em 1922.

Obviamente, a partir do quadro caótico instaurado, um movimento conservador se articulou para um eventual retorno ao poder, e algumas situações acabaram por contribuir para este acontecimento. A *Dolchstosslegende* acabou minando a confiança pública no governo civil do pós-guerra e particularmente no Partido Social democrata (SPD)¹, que fora pintado por nacionalistas como traiçoeiro e antipatriótico, fora das tradições germânicas.

Já em agosto de 1918, o mito da “facada nas costas” foi propagado, acusando os inimigos internos (como judeus e socialistas) de derrubarem um Exército invicto no exterior, mas traído dentro do próprio país. O mito foi inflado no outono de 1919 e se tornou comum no círculo de oposição à República. (FULBROOK, 2012, p. 179)

Com o senso comum a favor, o prestígio e as posições dos comandantes militares acabaram por ser protegidas de quaisquer falhas cometidas durante a Guerra, ou mesmo na manutenção da ordem no pós-guerra. Comandantes militares como Von Hindenburg e Erich Ludendorff conseguiram conservar o seu status e autoridade na nova República.

ASPECTOS ECONÔMICOS EM WEIMAR

Durante o começo da década de 1920, houve um aumento excessivo da inflação, que culminou em uma hiperinflação, resultando, por conseguinte, em um quadro de instabilidade e oscilação. Devido a este quadro, o país acabou amplamente dependente dos empréstimos feitos pelos bancos norte-americanos. Quando o Crash de 1929 ocorreu, e derrubou a economia dos EUA, levou os germânicos juntos.

Para se ter uma noção do quão grave a situação chegaria, a Grande Depressão deixaria um saldo de mais de 6 milhões de pessoas desempregadas, bem como as instituições democráticas a beira da ruína. Ora, num país cujo desemprego era quase inexistente no período anterior à Primeira Guerra, as circunstâncias que a sucederam, trouxeram consigo grandes problemas para o desmoralizado povo alemão e para a nova república.

Colin Storer ressalta a importância do economista inglês John Maynard Keynes no que concerne às duras críticas proferidas por este contra as enormes quantias impostas pelos aliados a qual a Alemanha teria de arcar. Ele advogou – sem sucesso – para que as reparações fossem mais razoáveis, mas suas propostas foram ignoradas.

Após o Armistício, Keynes participou da Conferência de Paz como Representante-chefe do Tesouro da delegação Britânica, até que em abril de 1919 ele saiu em descontentamento. Ele prestou atenção na forma como os pacificadores discutiam ferozmente uns com os outros no que se refere às colônias e reparações, enquanto as delegações de todo o mundo discutiam, redefinindo fronteiras e redesenhando mapas. Mas o que mais irritou e aborreceu Keynes que qualquer outra coisa, e resultou na sua eventual partida de Paris, fora o que ele considerava como má gestão dos acordos financeiros para a nova Europa, especialmente no que tange às demandas punitivas e inflacionadas para reparação dos alemães. No fundo, a preocupação de Keynes era no sentido de que, para ele, a comissão de reparação dos Aliados estava determinada – indo na contramão aos conselhos dos especialistas (na qual se incluía) – a exigir uma soma da Alemanha que estava muito aquém de suas capacidades, a qual eventualmente levaria toda a Europa à ruína financeira e social. (STORER, 2010, p. 50, tradução nossa)¹⁸

Diante da situação, era indubitável que o país não conseguiria arcar com todas as obrigações impostas, e que, eventualmente, levaria o governo alemão a se declarar incapaz de cumprir com todo o compromisso estipulado. Entretanto, quaisquer tentativas por parte do governo de rever as reparações seriam eminentemente recusadas. Aliás, para forçar a

18 No original em inglês: “After the Armistice, Keynes attended the Paris Peace Conference as Chief Treasury representative of the British delegation, until in April 1919 he walked out in disgust. He watched as the peacemakers wrangled and haggled with one another over colonies and reparations, as they sat in judgement over delegations from peoples across the world and as they reset boundaries and redrew maps. But what disgusted and incensed Keynes more than anything, and led to his eventual departure from Paris, was what he regarded as the mishandling of the financial arrangements for the new Europe, especially the punitive and inflated demands for reparations from the Germans. As far as Keynes was concerned, the Allied commission on reparations was determined, against expert advice (much of it his own), to demand a sum from Germany that was beyond her means would eventually lead all of Europe into financial and social ruin” (STORER, 2010, p. 50).

Alemanha a pagar, medidas extremas foram tomadas como a que ocorrera em janeiro de 1923, em que houve a ocupação militarizada do Vale do Ruhr – o coração industrial da Alemanha – a fim de forçar o país a acatar suas responsabilidades.

Sobre esse ponto, Mary Fulbrook, de forma bem representativa, acentua:

Os problemas econômicos da Alemanha tinham em parte origem nos métodos de financiamento da guerra – por meio de empréstimos e apólices em vez do aumento de tributos –, e a inflação já estava presente antes mesmo da questão das indenizações exacerbarem a situação. Contudo, a inflação foi extremamente fomentada pela chamada “política de cumprimento”, empreendida pelo governo de Wirth de 1921 a 1922 – uma política atacada como uma capitulação às demandas das potências vitoriosas, mas designada de fato a mostrar que a Alemanha não tinha condições de cumprir com os pagamentos das reparações. Segundo um comentarista, as dificuldades econômicas da Alemanha foram apresentadas como dificuldades de pagamento das indenizações. Enquanto isso, o regime de Poincaré na França aspirava a políticas revisionistas por conta própria, visando conquistar a margem esquerda do Reno. A crise chegou ao ápice sob o governo Cuno em novembro de 1922 a agosto de 1923 (na qual o SPD se recusou a participar, se opondo à inclusão do DVP de direita, Partido Popular Alemão). Alegando que a entrega de madeira e carvão pelos alemães era inferior à quantidade fixada, os franceses usaram esse pretexto para justificar que precisavam “supervisionar” a produção alemã em Ruhr; com isso, em janeiro de 1923, marcharam para a área rural de Ruhr apoiados pela “proteção” das forças armadas (incluindo tropas belgas). No verão de 1923, a França tinha um total de 100 mil tropas – equivalente ao total da força permitida ao Exército alemão. Os alemães reagiram por meio de uma política oficial de resistência passiva, se recusando a cooperar com a ocupação francesa e também cessando a produção econômica – que prejudicou a economia alemã mais do que a francesa. A única solução aparente para a Alemanha foi imprimir papel-moeda, tornando a inflação galopante. (FULBROOK, 2012, 180-1)

Com este quadro, Wilhelm Cuno, o novo Chanceler da Alemanha, ordenou uma “resistência pacífica”, de forma que todos os trabalhadores da região do Ruhr (mineiros, por exemplo) entrassem em greve com o auxílio do governo. Para garantir os pagamentos dos trabalhadores, o governo alemão foi obrigado a imprimir cada vez mais papel-moeda, resultando num aumento significativo de cédulas em circulação. Por fim, a hiperinflação tornou-se eminente, pois conforme o dinheiro era impresso, seu real valor decrescia rapidamente.

Em agosto de 1923, as notas bancárias eram simplesmente impressas para aumentar seu valor em milhões; os pagamentos eram transportados em caminhão e o dinheiro perdia cada vez mais o valor. Milhões passavam por dificuldades severas ou ruína financeira, em particular aqueles que dependiam de rendas fixas (como pensões), além de muitos autônomos e membros das classes média e baixa. Alguns poucos industrialistas conseguiam lucrar. O resultado geral foi uma perda difundida da confiança na República, medo e pânico e uma onda de greves e tumultos. A experiência de 1923 deixou uma marca com consequências diretas na história da Alemanha Ocidental no pós-guerra. (FULBROOK, 2012, p. 181)

O Marco alemão estava em desvalorização constante de seu valor real e poder de compra, afetando diretamente as classes mais baixas. Para que se tenha uma melhor

compreensão da dimensão fática da crise, Emil J. Gumbel (1958, p. 203-219) salienta que:

A guerra havia sido financiada pela inflação. A República deu continuidade ao processo inflacionário, que perdurou até 1923. Processo este que atingiu uma dimensão sem precedentes. De 1917 até o início de 1923, o valor do dólar subiu de 4,2 para 10.000 marcos. Entretanto, no ano de 1923, o dólar subiu de 10.000 para $4,2 \times 10^{12}$. Em outras palavras, em cinco anos, o marco caiu a 10^{12} parte de seu valor original. Isso criou uma degeneração moral, corrupção generalizada (um fenômeno novo na história da Alemanha), e novos ricos de origens e fins duvidosos. Isso tudo fez com que grandes parcelas da população tornassem hostis ao governo. (Tradução nossa)¹⁹

A inflação só seria controlada de fato a partir de novembro de 1923, em que houve a criação do Rentenmark, nova moeda que circularia paralelamente ao marco alemão. Fulbrook (2012, p. 181) chama a atenção de que essa combinação de reforma da moeda e o fim da resistência em Ruhr “resolveu a crise econômica imediata e levou a uma reconsideração da questão das reparações”. A partir desse momento, a economia se estabilizaria e voltaria a crescer.

Todavia, apesar da aparente estabilização e desenvolvimento da economia no período que varia entre 1925 e 1929, quando comparado aos índices anteriores à guerra, a Alemanha ainda se encontrava relativamente atrasada com relação aos outros países industrializados no final dos anos 1920. De um lado, enquanto praticamente a média mundial de crescimento com relação ao período anterior à guerra fora em torno de 47 por cento – sendo que a produção francesa excedera seus níveis em torno de 38 por cento e os Estados Unidos em torno de 70 por cento – a Alemanha, por sua vez, teve um aumento de míseros 13 por cento, quando comparada a sua situação em 1920. Dessa forma, o país ficou para trás no que se refere à corrida industrial marcante do pós-guerra.

A partir de 1926, haveria um aumento significativo na economia alemã que resultaria em um ganho substancial de aproximadamente 50 por cento da sua produção industrial, e também um aumento de 70 por cento na produção de bens de capital dentro de um ano (PETZINA, 1983, p. 42).

Já no terceiro trimestre de 1927, o pico da atividade econômica havia sido passado - um sinal da instabilidade da recuperação cíclica. Os primeiros indícios da crise econômica mundial veio à tona por 1929. Nesse ano, os investimentos de capital e da produção industrial ficaram abaixo do ano anterior, e em 1932 a renda nacional diminuiu em até 43 por cento em relação a 1929. Os dados de vários indivíduos

19 No original em inglês: “The war had been financed by inflation. The Republic continued inflation, which lasted up to 1923. It reached unheard-of dimensions. From 1917 to the beginning of 1923, the dollar rose from 4.20 to 10,000 marks. However, in the single year 1923, it rose from 10,000 to $4,2 \times 10^{12}$. In other words, in five years, the mark fell to the 10^{12} th part of its original value. This created moral degeneration, wide-spread corruption (a new phenomenon in German history), and new riches of doubtful origin and aims. It made large parts of the population hostile to the government”.

económico sectores confirmar se com variados graus de intensidade, o desenvolvimento da produção económica nacional. Em 1932-1933, o índice de produção da indústria alemã caiu para metade do seu pé e 1923 a um terço da produção de bens de capital, que são particularmente sensíveis a crises. Durante a crise económica mundial, houve não só um declínio do volume de investimento industrial, mas também uma diminuição absoluta do capital social existente. Durante um período de anos, os sinais de uma crise surgiram em toda parte, uma crise que foi sem precedentes na história do capitalismo industrial. A ascensão extremamente rápida do desemprego foi o indicador social mais grave da crise. No pico do desemprego em 1932, as estatísticas indicaram que seis milhões de pessoas estavam desempregadas na Alemanha. O número real provavelmente era consideravelmente maior, uma vez que muitos que estavam desempregados há anos não receberam um auxílio estatal e, portanto, não foram incluídos nas estatísticas. O mais provável é que cada terceiro trabalhador estava desempregado em 1932. O contingente de desempregados nos sindicatos industriais aumentara claramente acima de 40 por cento. (PETZINA, 1983, p. 42-3)²⁰

Portanto, podemos claramente dizer, que o período que precedeu o término da Primeira Guerra foi marcado por crises tanto econômica quanto social. Os primeiros anos da jovem república de Weimar foram cruciais no que se refere às críticas e ataques que perdurariam até o seu findar com a ascensão do NSDAP (Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães) a partir de 1925 em diante, em que buscaram adotar a “tática do caminho parlamentar jurídico para objetivos antiparlamentares” (FULBROOK, 2012, p. 182), fazendo uso da legalidade para se consolidar no poder.

Entretanto, ao contrário do que muitos especulam, a ascensão dos nazistas fora de certa forma imprevisível, haja vista que houve uma aparente estabilização na República após as crises econômicas e sociais que atormentaram os anos de 1923, como a hiperinflação e o alto índice de desemprego que assolou o país. No intervalo entre 1924 até 1928 houve um breve período de prosperidade econômica, resultado, em parte, da entrada de capital estrangeiro, que consistia principalmente em capital americano e pela grande atuação do ministro das Relações Exteriores Gustav Stresemann que, em geral, fora “bem-sucedido ao

20 No original em inglês: “Already by the third quarter of 1927, the peak of economic activity had been passed - a sign of the instability of the cyclical upswing. Early indications of the world economic crisis surfaced by 1929. In that year, capital investments and industrial production were below the previous year, and by 1932 the national income declined by as much as 43 percent in relation to 1929. The data of various individual economic sectors confirm, if with varying degrees of intensity, the development of the national economic output. In 1932-1933, the production index of German industry fell to half of its 1923 standing and to one-third in capital goods production, which are particularly sensitive to crises. During the world economic crisis, there was not only a decline of the industrial investment volume, but also an absolute decrease in the existing capital stock. Over a span of years, signs of a crisis emerged everywhere, a crisis which was without precedent in the history of industrial capitalism. The extremely quick rise in unemployment was the most severe social indicator of the crisis. At the peak of unemployment in 1932, statistics indicated that six million people were unemployed in Germany. The actual number was probably considerably higher, since many who had been unemployed for years no longer received state aid and therefore weren't included in the statistics. It is most likely that every third worker was unemployed in 1932. The quota of unemployed in industrial trade unions clearly rose above 40 percent” (PETZINA, 1983, p. 42-3).

regulamentar as relações da Alemanha com seus vizinhos ocidentais, enquanto mantinha abertas as opções com relação às fronteiras orientais da Alemanha” (FULBROOK, 2012, p.182). É justamente por esse motivo que a ascensão do nazismo se deu de forma imprevista, pois essa estabilidade culminou em um período de tranquilidade política, em que já no início de 1924 “parecia que os problemas iniciais da República Weimar estavam encerrados” (FULBROOK, 2012, p. 182).

Sob a orientação de Stresemann, a sensação era a de concretização de vários objetivos: evacuação de Ruhr, término antecipado da ocupação da Renânia, suspensão dos controles militares, regularização das relações da Alemanha com seus vizinhos, reconhecimento internacional da Alemanha como membro da Liga das Nações, um conjunto de arranjos de reparações viável – e até mesmo manter aberta a questão das fronteiras orientais da Alemanha, enquanto se buscava realizar objetivos revisionistas por meios pacíficos. (FULBROOK, 2012, p. 183)

Nesse período, uma série de planos foram colocados em prática com a finalidade de amenizar as turbulentas crises e proporcionar a recuperação da economia, como o Plano Dawes, por exemplo, que proporcionou à Alemanha pagar pelas reparações de forma mais limitada até o ano de 1929, bem como propiciou a entrada de investimentos externos na economia. Como resultado, houve um progresso significativo no que tange à esfera econômica que tanto sofrera nos primeiros anos do pós-guerra. Além disso, cumpre salientar que esse mesmo plano previa a retirada de tropas francesas e belgas da região do Ruhr. Sobre isso, Ângela Mendes de Almeida salienta:

O plano Dawes foi apresentado em abril de 1924 e aprovado por todos os governos envolvidos. Com ele a Alemanha passou a ficar totalmente dependente da Bolsa de Nova Iorque. Isso implicava um rígido controle exercido dentro do território alemão, sobrepondo-se de certo modo ao governo. Mas apesar desses inconvenientes, a injeção de capitais produziu o efeito desejado. A economia floresceu de forma prodigiosa, recuperando e superando os índices do pré-guerra. O novo crescimento foi caracterizado pela modernização, racionalização e concentração. A taxa de desemprego chegou a índices mínimos, devidos sobretudo à racionalização e à mecanização das indústrias, e os salários subiram. Entretanto, houve quem se aproveitasse mais do que a maioria dessa injeção de dinheiro estrangeiro: os especuladores conseguiram fazer altos negócios e o ódio da população contra eles cresceu ainda mais. O principal objetivo, entretanto – o pagamento das reparações, agora estipuladas em função do crescimento econômico – foi atingido, eliminando assim um poderoso elemento de fricção. (ALMEIDA, 1982, p. 47)

Todavia, ainda que a República estava em seus “anos dourados”, forças conservadoras não toleravam o novo sistema político. Evidência disso pode ser visto na eleição vitoriosa do marechal Hindenburg, a partir do falecimento de Friedrich Ebert em 28 de fevereiro de 1925. Aos 77 anos de idade, ele foi eleito para liderar a República, a qual mostrava pouca simpatia. Apesar disto, buscou apoiar as políticas inauguradas por Stresemann

até o ano de sua morte em 1929, ainda assim seus poderes presidenciais seriam explorados por inescrupulosos antirrepublicanos.

A partir de 1925 a 1926, em conjunção com o general Kurt von Schleicher (líder de fato do Exército a partir de 1926), Hindenburg passou a considerar positivamente planos pelo desenvolvimento de uma forma de governo de direita e autoritária, excluindo a influência parlamentar social-democrata. [...] Ao que se constatou, a partir de 1929, a democracia Weimar passou a uma série de ataques em um conjunto de circunstâncias das quais não poderia sobreviver ilesa. A partir de 1930, era certo que a democracia desmoronaria. (FULBROOK, 2012, p. 186-7)

De certa forma, a própria eleição de uma pessoa como Hindenburg que era um “fiel defensor da Alemanha imperial” (LOUREIRO, 2005, p.165), indicou que o apego da população no governo republicano fora apenas momentâneo, e que ainda havia resquícios de “nostalgia pelos antigos dias da Alemanha Imperial” (FULBROOK, 2012, p. 186). O desdém com relação à República era grande, evidenciando o apressado que se tinha ao antigo modelo tanto por parte de intelectuais quanto da população em geral. Portanto, a elevação do velho marechal ao cargo de presidente, que no processo eleitoral obtivera em torno de 48,5% dos votos, consolidou “ainda mais a posição dos militares na república de Weimar” (ALMEIDA, 1982, p. 50).

Apesar da recuperação rápida da economia, com a entrada de capitais norte-americanos, a verdade é que nenhum problema fundamental tinha sido resolvido. O desemprego estrutural, oriundo da racionalização dos métodos de trabalho importados dos Estados Unidos, persistia, bem como a crise agrícola que prejudicava os pequenos produtores. Em consequência, criou-se uma situação contraditória: embora houvesse prosperidade, os salários e o progresso social permaneciam estagnados [...] Em outubro de 1929, o crack da bolsa de Nova York teve um efeito fulminante sobre a economia alemã, totalmente dependente dos empréstimos externos e voltada para a exportação. Os capitais norte-americanos deixaram o país, os empréstimos foram renovados a curto prazo, os mercados externos fecharam-se às exportações alemãs. A isso se juntou a dificuldade em importar matérias-primas, o que acarretou demissões em massa e o fechamento de indústrias. Essa nova catástrofe econômica e social culminará no início de 1932 em seis milhões de desempregados, ou seja, 44% da força de trabalho. (LOUREIRO, 2005, p. 165)

Pelo fato de a economia alemã estar à mercê de empréstimos e investimentos do exterior, como citado, a quebra da bolsa de Wall Street no ano de 1929 acabou por afetar e desfazer drasticamente o que já se mostrava como efêmero, resultando em sérias implicações socioeconômicas. Implicações estas que levaria um em cada três trabalhador alemão à condição de desemprego.

Em março de 1930, a tentativa de garantir ao governo o apoio dos partidos políticos no parlamento foi abandonada: o primeiro gabinete presidencial foi nomeado, para governar sem consideração pela democracia. O gabinete Brüning de 1930 já tinha sido planejado em 1929 como parte de uma estratégia para retirar o poder do parlamento e restaurá-lo às antigas elites – Exército, burocracia e elites econômicas

– sob um regime presidencial e autoritário. Após 1930, o artigo 48 passou a ser mais usado para promulgar decretos de emergência, embora as sessões e legislação parlamentares tenham diminuído. [...]. Nos anos de 1930 a 1933, dois fatores se coincidiram, condenando em conjunto a democracia Weimar: ataques contra o governo parlamentar vindos das antigas elites, que antecederam principalmente a crise econômica, coincidiram com a ascensão da mobilização de um novo movimento de massa, em períodos de crise, sendo que grande parte da população foi seduzida por um líder carismático, Adolf Hitler. (FULBROOK, 2012, p. 188)

Por fim, os três últimos passos antes do colapso de Weimar consistem sucessivamente no governo de Brüning, Von Papen e, ainda que por um curto período, o governo de Schleicher, que seria o chanceler de dezembro de 1932 a janeiro de 1933, precedendo a consolidação de Hitler ao poder e do Partido Nacional-Socialista no Parlamento, que eventualmente ascenderia ao poder e unificaria o cargo de presidente ao de chanceler, tornando-se, assim, o aclamado e temido Führer.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi apresentar, ainda que minimamente, uma visão do ocorrido durante todo o período posterior à Guerra de 1914-1918, com a promulgação da Constituição de Weimar, até meados da década de 1930. Ao ser fundada a República, percebe-se que consistia somente em uma estrutura política títere, que tinha como função primordial assumir todo o ônus proveniente da derrota na Primeira Grande Guerra.

Ao avocar a responsabilidade de apresentar à nação alemã um novo modelo de governo e de estrutura política, não haviam muitos líderes interessados que quisessem disputar o poder no momento de crise extrema que o país passava, no pós-guerra. A associação na memória coletiva popular foi a de que toda superioridade militar e econômica que o país apresentava no Império havia desaparecido, tudo isso devido, aos republicanos, moderados, judeus e socialistas, tornando-o sinônimo de fome, fracasso e decadência moral.

Analisando apenas no espectro Macro político, podemos afirmar que, ao se afastarem do cenário em ebulição de um país derrotado em uma guerra, os líderes conservadores (vide comandantes militares, burocracia estatal – em especial o judiciário –, membros da antiga nobreza imperial, alta burguesia, grandes industriais), tiveram suas imagens preservadas, enquanto a população enraivecida acabou por procurar um culpado por tudo que ocorria.

Dentro desse descontentamento geral, lamentavelmente alguns aproveitadores, descontentes com a cultura progressista que se instaurava, incitaram a população contra os culpados pela vergonha e decadência moral da grandiosa nação alemã, a saber: os judeus e

comunistas, sendo que, muitas vezes os dois tipos eram confundidos, como a mesma coisa, o que não era necessariamente verdade. Dito isto, cresceu o mito da “punhalada nas costas”.

Ainda que o presente trabalho não teve por finalidade tratar especificamente sobre o nazismo, mas tão-somente apresentar um pouco sobre as causas que proporcionaram ou facilitaram a sua ascensão, as repercussões de tomar os judeus como os inimigos do povo alemão foram – como é de conhecimento geral – catastróficas para dizer o mínimo.

Foram abordados alguns pontos acerca do Tratado de Versalhes e a grande repercussão negativa que o mesmo causou no que concerne ao “orgulho ferido” do derrotado povo alemão, bem como o impacto direto das condições impostas tanto partindo da análise econômica quanto social, que resultaria em inúmeros problemas na jovem República Weimar. Os assinantes do Tratado foram abertamente difamados como traidores da pátria e covardes, e as altas exigências contidas em seu texto levaram Peter Gay constatar inclusive que “se Versalhes foi um peso para a República Weimar, esse peso foi de fabricação tanto doméstica quanto estrangeira” (GAY, 1978, p. 31).

Não obstante, quando analisado sob o prisma da burocracia estatal e a forma como se dava as relações políticas, percebe-se que havia claramente certo abrandamento com relação aos partidários do antigo regime e uma rigidez no tratamento daqueles que lutavam bravamente na criação de bases sólidas que sustentassem o novo modelo político. De modo geral, a Alemanha ainda não estava pronta para comportar um governo republicano e as mudanças que o mesmo trazia consigo.

[...] já se podia perceber com clareza que a base de sustentação dos defensores da República era muito precária: as insurreições de esquerda eram mais fortemente combatidas que as de direita, as lideranças das Forças Armadas tinham sempre um comportamento ambíguo, para dizer o mínimo, quando chamadas a agir contra as forças contrarrevolucionárias. E, por fim, a agitação incessante contra a “República de novembro” introduzia já naquela época a suspeita de que o ideário democrático-parlamentar ainda não deitara raízes na Alemanha do pós-guerra. (LOUREIRO, 2005, p. 164)

Por fim, a primeira parte do título que ilustra o presente trabalho foi retirada da segunda epígrafe da obra *Cânticos*, da poetiza Cecília Meireles, que, notoriamente e liricamente, trata de tudo aquilo que é transitório, que nada permanece para sempre, inclusive o medo em sua essência. O medo da morte, da vida, da perda, das tristezas e do amor. Tudo aquilo que existe um dia acaba, se torna efêmero, podendo durar tão pouco, como um lapso no tempo. Nas suas palavras:

Dize:
O vento do meu espírito

Soprou sobre a vida.
E tudo que era efêmero
Se desfez.
E ficaste só tu, que és eterno.
(MEIRELES, 1997, p. 4)

Efêmero, transitório como a República, que trouxe o medo da fome, das frustrações, da humilhação, do outro, do desconhecido. Na sua curta jornada, a República de Weimar foi tão desprezada e odiada por uma parcela que abominava as mudanças e os progressos que se desvelavam em todas as esferas da vida sociocultural. Odiada a tal ponto que acabou por tirar todas as máscaras da política, das instituições, dos intelectuais, enfim, da nação alemã como um todo, revelando o ódio intrínseco e, principalmente, esse medo que se mostrava. O medo do novo, medo daquilo que nos assusta, medo do diferente. O medo acabou por transformar a nação alemã eternamente.

Ainda assim, apesar de alguns afirmarem que ela nasceu condenada ao fracasso desde o período de seu surgimento, havia aqueles que acreditavam profundamente nos ideais republicanos e batalharam fervorosamente em favor deles. Não há um consenso a respeito da causa singular ou das causas, mas o fato é que a República de Weimar ruiu, e das suas cinzas o nazismo ascendeu como uma das piores tragédias não só do século XX, mas da história da humanidade. Resta-nos, agora, recordar de todas as atrocidades e violações cometidas, buscando sempre retomar a história na tentativa, ao menos, de evitar que ela se repita.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, David. *The Collapse of the Weimar Republic: Political Economy and Crisis*. Holmes & Meier, 1986. 352 p.

ALMEIDA, Ângela Mendes de. *A República de Weimar e a ascensão do nazismo*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

BERCOVICI, Gilberto. *Entre o estado total e o estado social: atualidade do debate sobre direito, estado e economia na República de Weimar*. 2003. Tese (Livre Docência em Direito Econômico) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/tde-22092009-150501/>>. Acesso em: 04 Mar 2016.

BUENO, Roberto. *Uma interpretação conservadora revolucionária do político e da ditadura: o potencial totalitário de Carl Schmitt*. 2011. 1558 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da UFPR. Universidade Federal do Paraná, Paraná. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/28342/R%20-%20T%20-%20ROBERTO%20BUENO.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 03 Jan 2016.

CASANOVA, Julián. The Treaty of Versailles and its Consequences. University of Notre Dame – 16 December 2002. Disponível em: <<http://jimmyatkinson.com/papers/the-treaty-of-versailles-and-its-consequences>>. Acesso em: 03 Jan 2016.

DROZ, Jacques. História de Alemanha: el Imperio alemán 1871/1918. Barcelona: Vicens-Vives, 1973.

FULBROOK, Mary. História Concisa da Alemanha. Tradução de Bárbara Duarte. Bauru: Edipro, 2012.

GAY, Peter. A Cultura de Weimar. Tradução de Laura Lúcia da Costa Braga. – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

GUMBEL, E. J. Disarmament and Clandestine Rearmament under the Weimar Republic. In: MELMAN, Seymour, Inspection for Disarmament. Columbia, University Press, 1958.

HITLER, Adolf. Minha Luta. Tradução integral e direta do alemão. – São Paulo: Editora Moraes, 1983.

HOBBSAWM, Eric J. E. A Era dos Impérios: 1875-1914. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

_____. Era dos extremos: o breve século XX – 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

LINDSETH, Peter L. The Paradox of Parliamentary Supremacy: Delegation, Democracy, and Dictatorship in Germany and France, 1920s-1950s. Yale Law Journal Vol. 113 (2004). Disponível em: <http://www.yalelawjournal.org/pdf/223_p4um5k9x.pdf>. Acesso em: 05 Mar 2016.

LOUREIRO, Isabel Maria. A Revolução Alemã: 1918-1923. – São Paulo: Editora UNESP, 2005.

MEIRELES, Cecília. Cânticos. 13ª edição. São Paulo: Moderna, 1997.

_____. Cânticos: oferenda. 5. ed. São Paulo: Moderna, 1990.

PETZINA, Dietmar. Problems in the Social and Economic Development of the Weimar Republic. In: DOBKOWSKI, Michael N. and WALLIMANN, Isidor, "Towards the Holocaust: the social and economic collapse of the Weimar Republic". p. 37-59, 1983.

SHIRER, W. L. Ascensão e Queda do Terceiro Reich. Tradução de Pedro Pomar – 6ª edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

STORER, Colin. Britain and the Weimar Republic: The History of a Cultural Relationship, International Library of Twentieth Century History (London: Tauris Academic Studies, 2010), 256 pp. ISBN 978 1 84885 140 5.

TENBROCK, Robert-Hermann. Historia de Alemania. Traducido del alemán por Francisco Equiagaray Bohigas. Munchen: Max Hueber, 1968.

THE VERSAILLES TREATY – June 28, 1919: Part. VIII. Disponível em:
<<http://avalon.law.yale.edu/imt/partviii.asp>>. Acesso em: 03 Jan 2016.

THOMSON, David. Pequena História do Mundo Contemporâneo. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1971

TREATY OF VERSAILLES – JUNE 28, 1919 – MULTILATERAL AGREEMENTS 1918-1930. 154p.

VITA, Leticia. Una democracia asediada: estado de derecho y democracia en la Republica de Weimar. Disponível em:
<https://www.academia.edu/2179226/UNA_DEMOCRACIA_ASEDIADA_ESTADO_DE_DERECHO_Y_DEMOCRACIA_EN_LA_REP%C3%9ABLICA_DE_WEIMAR>. Acesso em: 07 Fev 2016.

WAGAR, W. Warren. H.G. Wells: Traversing Time. Wesleyan University Press, 2004.

WEIMAR CONSTITUTION. Disponível em:
<http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php#Third Chapter>. Acesso em: 27 Mar 2016.

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: O LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO DE PATENTES COMO INSTRUMENTO DE INTEGRALIDADE DA POLÍTICA PÚBLICA DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

João Paulo Angelo VASCONCELOS¹
Bruno Nascimento de COUTO²

RESUMO

Este artigo apresenta uma crítica reflexiva atual a respeito do papel dos agentes econômicos na implementação da política pública de fornecimento de medicamentos de alto custo, especialmente num momento de crise econômica mundial e financeira-orçamentária do Estado brasileiro. Sem olvidar da adoção de um sistema capitalista, no qual a ideia de lucro é preponderante, e a despeito da obrigação estatal de universalizar o acesso integral à saúde, a Constituição Federal também estabelece a responsabilização da empresa quanto a efetivação de direitos, à medida que condiciona o exercício da propriedade privada ao cumprimento da sua função social. Para além desses elementos, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o elevado custo de medicamentos destinados à terapia de doenças graves e com alto índice de morbidade, enquanto aspecto essencial da garantia do direito à vida, e a crise da economia e financeira do Estado constituem um cenário apropriado para a aplicação do instituto do licenciamento compulsório de patentes de medicamentos (de alto custo) com a finalidade de concretizar o direito à saúde e conferir dignidade à pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Palavras-chave: Estado. Política pública. Empresa e função social. Direito à saúde. Concretização. Patente. Licença compulsória.

ABSTRACT

En este trabajo se presenta una corriente de reflexión crítica sobre el papel de los agentes económicos en la implementación de la política pública para el suministro de medicamentos de alto costo, especialmente en un momento de crisis económica mundial y financiera y presupuestaria del Estado brasileño. Sin olvidar la adopción de un sistema capitalista en el que la idea de la ganancia es preponderante, y apesar de la obligación del Estado de proporcionar acceso universal a la salud plena, la Constitución federal también establece la responsabilidad de la empresa acerca de la efectividad o realización de los derechos, ya que limita el ejercicio de la propiedad privada para cumplir con su función social. Además de estos elementos, el efecto horizontal de los derechos fundamentales, el alto costo de los medicamentos para el tratamiento de enfermedades graves con alta tasa de morbilidad, como un aspecto esencial de garantizar el derecho a la vida, y la crisis de la economía y la situación financier son un escenario apropiado para la aplicación de la concesión de licencias obligatorias de patentes de medicamentos (alto costo) con el fin de realizar el derecho a la salud y dar dignidad a la

1 Mestre em Direito pela UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná (Jacarezinho). Especialista em Direito Constitucional, com capacitação docente, pela Escola Superior de Direito Constitucional. Especialização em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie. Graduação em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - Faculdade de Direito de Araçatuba (1989). Membro da Advocacia-Geral da União, carreira de Advogado da União, desde 07/02/2000. Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Oeste Paulista - UNOESTE, desde 03/02/2003, na disciplina Direito Empresarial (Comercial/Empresa). Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Público e Empresarial.

2 Graduando em Direito pela Universidade do Oeste Paulista, UNOESTE

persona humana.

KEY-WORDS: Palabras clave: Estado. Política pública. Negocios y función social. Derecho a la salud. Concreción. La propiedad industrial. Licencia obligatoria.

INTRODUÇÃO

Tal como anuncia seu título, este artigo trata da responsabilidade social da empresa para a concretização de direitos sociais, pressuposto do Estado Democrático à medida que confere aos indivíduos existência digna e proporciona um ambiente de igualdade e liberdade. Utiliza-se como fundamento o Direito e sua função ordenadora, notadamente a partir do texto constitucional, seus valores, princípios e objetivos.

Sem a pretensão de sequer tentar harmonizar as ciências jurídica e econômica, adentra-se, nos limites do necessário ao tema proposto, à discussão posta no movimento Law & Economics ao definir-se o modelo econômico do Estado brasileiro e seus consectários, no capítulo primeiro, e a medida da participação dos agentes econômicos na implementação de políticas públicas, no quarto capítulo.

Se afigura mais adequado, do ponto de vista metodológico, delimitar-se o estudo a um segmento do mercado ou grupo de agentes econômicos que atuam num setor essencial à concretização do direito social à saúde, qual seja, a empresa (indústria) farmacêutica. Paralelamente, analisa-se o regramento do direito à saúde (especificamente a política pública de assistência farmacêutica), tarefa da qual desincumbe-se no capítulo dois.

Num Estado que adota como princípios norteadores da atividade econômica (perfil funcional da empresa) a liberdade de iniciativa e o não intervencionismo estatal, e que se insere no sistema econômico ainda alimentado por elementos do capitalismo, tem-se por admissível condicionar o exercício da empresa, da propriedade intelectual-industrial, à satisfação de interesses que não aqueles eleitos por seu titular, como o lucro? Qual o papel do Estado brasileiro desenhado na Carta de 1988? Se a intervenção estatal na atividade econômica privada apresentar-se como solução, qual a sua medida? Há autorização legal (lato e stricto sensu) e instrumentos para condicionar o exercício da propriedade industrial ao interesse social?

Considerado um sistema normativo completo, porém heteróclito, a “Constituição Econômica” permite, segundo a interpretação teleológica e sistemática de suas normas, responder a contento às indagações, principalmente se a sua aplicação levar em conta o

contexto socioeconômico de crise, fato, conhecimento ou premissa da qual não pode imiscuir-se o intérprete.

Por fim, o capítulo quatro, destinado mais diretamente à construção da fundamentação para a conclusão, cuidará da horizontalidade da eficácia dos direitos fundamentais e da concretização do direito à saúde por meio do licenciamento compulsório de patentes.

O enfrentamento do tema exigiu pesquisa teórica e qualitativa, unindo bibliografia apropriada e referenciais teórico como fonte principal de informações, além da utilização dos métodos dialético e dedutivo. O desenvolvimento e a conclusão compatibilizam-se com a filosofia da libertação e o liberalismo humanista.

ESTADO SOCIAL CONTEMPORÂNEO E FUNCIONALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA DOS MEIOS DE PRODUÇÃO

Objetivando assegurar integridade ao enfrentamento do tema, deve preceder à definição do modelo (político e) econômico do Estado brasileiro - interventivo, mas não estritamente regulador - a afirmação de sua compatibilidade com o sistema capitalista, manifestamente acolhido na Constituição Federal.

Pode-se afirmar que o capitalismo³ - enquanto sistema ou agir econômico - se caracteriza pelo embasamento das relações de produção na propriedade privada dos bens de produção, isto é, se presentes os seguintes traços característicos: - assentamento na propriedade privada; - sistema de mercado baseado na livre iniciativa e na empresa privada; e - processos de racionalização dos meios e métodos para valorização do capital e exploração das oportunidades de mercado visando o lucro. (RUSCONI, Gian Enrico. Apud TAVARES, 2004, p. 33-36)

Portanto, pressupõe a liberdade de iniciativa e a garantia da propriedade privada dos bens em geral, e posiciona o Estado como mero espectador do desenvolvimento da atividade econômica monopolizado pelos agentes econômicos privados; um Estado minimalista cuja atuação (um mal necessário) visa assegurar este status chamado de livre mercado (livre

3 Olhando para os limites propostos nesse escrito, não se mostra imprescindível inaugurar-se a discussão acerca da subsistência, no mundo contemporâneo, do capitalismo, ou se a sociedade é pós-capitalista. Se se trata de um sistema falido, incapaz de encontrar soluções viáveis para as crises, ou se já não consegue adaptar-se às alterações tecnológicas própria da “revolução das tecnologias de informação”, ou ainda, se sua capacidade de adaptação alcançou o limite. Duas obras cuidam do tema com precisão e se completam: Sociedade pós-capitalista, de Peter Drucker (Ed. Pioneira, 1999, Publifolha), e Pós-capitalismo: um guia para o nosso futuro, do jornalista britânico Paul Mason, recentemente lançado no Brasil (Ed. Objectiva, 2016).

funcionamento do mercado = livre organização da economia).

Desse individualismo egoístico, e com base nas vicissitudes da ampla liberdade, diverge o sistema socialista que, calcado na autoridade do Estado, preconiza a forte limitação do direito de propriedade privada (dos bens de produção, inclusive) e substitui a finalidade lucrativa da atividade econômica pela satisfação das necessidades da coletividade – igualdade social e não apenas jurídica ou política⁴. Caracterizado pela limitação do direito de propriedade, pelo controle das forças trabalhadoras sobre os meios de produção e pela gestão voltada à busca de igualdade social, o socialismo prega que o Estado (todos) deve ser o titular dos meios de produção, chegando-se, assim, à repartição das riquezas por força da atuação da autoridade.

Tais sistemas são antagônicos e inconciliáveis, o que, no entanto, não implica afirmar que o capitalismo aparta, necessariamente, a atuação socializante do Estado na atividade econômica, podendo-se falar num sistema capitalista socializado, porquanto modelo abstrato.⁵ Em suma, na contemporaneidade é legítima a convivência entre capitalismo e intervenção estatal.

Estuda-se a seguir o que se pode designar de breve evolução dos modelos econômicos de Estado.

Superado o mercantilismo - conjunto de princípios da política econômica do capitalismo comercial que orientaram as monarquias absolutistas (BASTOS, 2003, p. 16-17) -, o Estado personificado na figura do rei, surge, a partir das Revoluções Burguesas do final do século XVIII, o liberalismo econômico apregoando, essencialmente, a não-intervenção estatal na economia.

Objetivaram os burgueses (artesãos e comerciantes), classe social em ascensão, eliminar a política econômica intervencionista e implementar a liberdade econômica. Com isso, a economia passaria a autorregular-se segundo as leis naturais, sem a mão do Estado, cuja atuação mínima limitava-se à monopolização dos meios de violência física (produção da

4 Conferir BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2010, 13ª ed., v. 2, p. 1196-1202.

5 Os dois sistemas devem ser considerados como modelos abstratos, ou, para utilizar terminologia de Max Weber, “tipos ideais”... Na verdade, há, atualmente, uma “combinação” de modelos ou ideais, fruto do colapso de ambos. Como observa Ducker: ‘O capitalismo provou ser um falso deus por conduzir inevitavelmente a uma luta de classes, classes essas rigidamente definidas. O socialismo provou ser ilusório pois tornou evidente que não pode abolir essas classes.’ (TAVARES, 2003, p. 43-45) Reporta-se, o autor, a Oscar Dias Corrêa: “‘Da mesma maneira que o liberalismo político é, hoje em dia, doutrina intervencionista, em maior ou menor escala, o capitalismo é socialista, em maior ou menor escala.’” E a Rossetti: “‘exatamente para superar os problemas gerados pelos extremos do liberalismo sem planejamento e da planificação sem liberdade, as economias contemporâneas têm evoluído para a construção de sistemas mistos, procurando minimizar os aspectos negativos das duas velhas (e opostas) alternativas.’” (ibidem).

segurança) e do poder jurídico (produção do direito).

É a crença na obediência à ordem natural (leis absolutas que regem a economia, v.g.: Lei da Oferta e da Procura), no individualismo como fundamento da livre disposição da propriedade, na liberdade de contratar e na livre iniciativa (direito atribuído a qualquer indivíduo de exercer atividade econômica livre de qualquer restrição – a liberdade é expressão de dignidade humana). O modelo liberal crê na superioridade da regulação espontânea, debitando ao Estado apenas a defesa da liberdade individual, isto é, sua atuação contra qualquer forma de limitação. O Estado liberal assume o *Laissez faire et laissez passer, le monde va de lui-même* (deixar fazer e deixar passar, o mundo marcha sozinho), não lhe cabendo intervir na economia, que é regida pelas leis de mercado.

Sabe-se, contudo, que os princípios do liberalismo mostraram-se inoperantes quanto à redução das desigualdades sociais; antes, acentuaram as diferenças entre os indivíduos.

A concepção liberal ultra-individualista (egoísta), impedindo o Estado de tutelar os menos favorecidos economicamente, se de um lado permitiu o direito ao exercício livre do direito, de outro causou irreparável injustiça social, à medida que a livre concorrência favoreceu aos mais afortunados (ou seja, foi suprimida) e, evoluindo para a concentração econômica (permitindo à iniciativa privada – o poder econômico – o direcionamento da economia), criou o proletariado, submetendo os trabalhadores ao desemprego, à miserabilidade e à marginalidade, ou seja, à existência sem dignidade.

Assim, ante a redução, ausência ou mesmo cerceamento da capacidade autorreguladora da sociedade civil, coube ao Estado elaborar normas jurídicas de tipo assistencial objetivando regular e proteger a questão social e a economia. O Estado foi levado a fomentar o desenvolvimento e, para tanto, aliar-se à iniciativa privada.

Essa nova função designou um Estado com a necessidade de intervir na economia e assumir responsabilidades sociais (direitos de segunda geração, como os relativos a previdência, habitação, saúde, educação) visando o bem-estar da coletividade (Welfare State). Segundo a doutrina, o modelo constou das Constituições mexicana, de 1917, e de Weimar, de 1919. (GRAU, 2003, p. 27)

Esses os traços característicos fundamentais do Estado do Bem-estar, que, segundo Dalmo de Abreu Dallari “emprega seu poder supremo e coercitivo para suavizar, por uma intervenção decidida, algumas das consequências mais penosas da desigualdade econômica [...]”. (DALLARI, 2001, p. 279-281)

Ao confrontar-se os modelos liberal e social de Estado, necessariamente deve-se abordar a teoria econômica keynesiana, assim designada porque teve como expoente referencial John Maynard Keynes (1883-1946), economista inglês. A respeito desta corrente econômica, anota Celso Ribeiro Bastos que o keynesianismo aponta para a insuficiência dos princípios econômicos liberais, como o livre mercado; “absolutamente ineficazes e incapazes de garantir o pleno emprego e de evitar a crise de superprodução, bem como de assegurar o crescimento econômico”. O pensamento keynesiano “defende a intervenção do Estado na economia para regular o sistema econômico e orientar a riqueza nacional”. (BASTOS, 2003, p. 24)

Enquanto teoria econômica, diz-se que o keynesianismo contribuiu para a preservação do capitalismo, a ele adaptando um modelo liberal menos clássico, vale dizer, preocupado compatibilizar a produção ao consumo mediante a atuação reguladora do Estado quanto aos salários e às prestações sociais.

A despeito da necessidade de desempenho de funções sociais relevantes, o chamado Estado Social – intervencionista, produtor, comerciante, prestador de serviços e consumidor – também entrou em crise. Ao atuar em todos os setores da vida social, o Estado agigantou-se, cresceu desmesuradamente, seja no que concerne ao seu poder de polícia (não mais restrito à segurança), seja no tocante ao extenso rol de atribuições que passou a desempenhar. (DI PIETRO, 1999, p. 21)

Assim, de solução a atuação do Estado passou a ser considerada um problema, impondo-se novamente a necessidade de transformação do seu papel diante da sociedade e da economia. Sustentou-se que a diminuição do seu tamanho seria capaz de resolver os problemas por ele mesmo criados diante de sua presença crescente nas mais variadas relações socioeconômicas.

Porém, não é abandonada a ideia de intervenção limitada à desregulação da economia; uma espécie de reliberalização dos mercados, objetivando-se o fortalecimento financeiro do Estado então designado de “neoliberal” ou “social liberal”.

O neoliberalismo propõe a desoneração do Estado de uma série de funções sociais e, diferentemente do “velho liberalismo”, emprega a palavra liberdade essencialmente quando se trata de comércio e de circulação ampliada de capital. “O Estado neoliberal se caracteriza por buscar uma economia de mercado sem limites, por dedicar especial atenção à atividade econômica em detrimento da atividade social e política”. (BASTOS, 2003, p. 26-27)

Contra a disseminação da ideologia neoliberal levantou-se Plauto Faraco de Azevedo, delineando as coordenadas fundamentais do neoliberalismo e invocando a necessidade de preservação do modelo de Estado-Social. “O neoliberalismo constitui uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e do bem-estar.” (AZEVEDO, 1999, p. 96-100)

Analisando os modelos acima, identifica-se que o grau de intervenção do Estado varia de acordo com a necessidade de sua participação ou interferência frente ao contexto social apresentado. Todavia, pode-se inferir que sempre houve intervenção estatal na atividade econômica.

É certo que a ruptura de um modelo em direção a outro revelou uma evolução no papel do Estado. Não obstante, observa a doutrina que nem Estados liberais (e neoliberais) e tampouco intervencionistas são suficientemente ideais (ou eficientes) para enfrentar problemas sociais como o desemprego, a miséria e a desigualdade social, uma vez que não proporcionam o desenvolvimento e a redistribuição de renda, mas levam à concentração de riqueza. (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 29-63)

Nessa linha surge a teoria desenvolvimentista, buscando, a partir da reestruturação da atuação do Estado e da redefinição de sua ação planejadora no plano jurídico e não macroeconômico (intervenção enquanto regulação e não direta na atividade econômica), um equilíbrio entre elementos socialistas e capitalistas capaz de promover o desenvolvimento econômico a partir do desenvolvimento humano. Este o Estado desenvolvimentista.

Pois bem, conhecidos os principais traços característicos dos vários modelos de Estado, tendo por critério a necessidade histórica de intervenção/abstenção na economia, o estudo da Constituição Federal brasileira permite concluir que o nosso (modelo econômico) é o de um Estado Social (e Democrático de Direito), com o qual devem conformar-se os fundamentos da organização econômica, do exercício da atividade econômica e das funções do Estado, representando um ruptura com o constitucionalismo liberal.

Para Raul Machado Horta, houve um reposicionamento no campo econômico que informa a implementação das políticas públicas voltadas à concretização da Constituição. (HORTA, 2003, p. 260-261)

Nessa abordagem acerca do papel do Estado na economia, na atividade econômica ou quanto à extensão de sua intervenção, à luz do Direito Constitucional positivo, deve-se recordar dos princípios constitucionais que efetivamente regulam esta intervenção, quais sejam, os

princípios econômicos, e os não-econômicos, em aparente contraposição, em tensão permanente: livre iniciativa, livre concorrência e propriedade privada, de um lado, e valor social do trabalho, existência digna, justiça social e função social da propriedade, do outro.

Por atender à finalidade deste trabalho, analisa-se amiúde o princípio da função social da propriedade, segundo o qual o exercício desta está condicionado à satisfação da função social, e não à satisfação meramente individual.

Discorrendo acerca do denomina “sociologia da propriedade”, Caio Mário da Silva Pereira pontuou que, atualmente, com a alteração dos regimes jurídicos e regimes políticos da direita para a esquerda e da esquerda para a direita, além da noção de contrato, influenciado pelo “primado da ordem pública sobre o princípio da autonomia da vontade”, “a propriedade recebe permanente impacto, que vai até a luta pela supressão do domínio individual, a que se contrapõe a resistência dos velhos conceitos”. (PEREIRA, 1990, p. 64 seq.)

Anota o douto civilista que há, hodiernamente, uma tendência à restrição ou limitação da propriedade individual, a qual é designada de humanização da propriedade, ou paternalismo do direito moderno, ou relativismo do direito, ou ainda socialização da propriedade.

De fato, desde a Constituição brasileira de 1946, na qual subordinado o uso da propriedade ao bem-estar social, o direito de propriedade deixou de ser um direito com feição exclusivamente individualista. Este posicionamento – político, econômico e social – não se alterou com a promulgação da Carta de 1988 que, impondo à propriedade privada o atendimento a sua função social, não mais a considera como um direito puramente privado, mas que tem seu uso condicionado ao bem-estar geral.

No campo econômico (do exercício da atividade econômica), observa-se que esse novo regime jurídico da propriedade (não mais exclusivamente privado), que condiciona o seu uso ao bem-estar social, não importou na substituição do modelo capitalista, posto inderrogável o regime da propriedade privada (capitalismo) haja vista sua existência obrigatória para aferição acerca do cumprimento da função social. Vale dizer, há uma interdependência: a propriedade deve atender sua função social, mas para que se avalie se esta está sendo cumprida, mister que o regime seja o da propriedade privada.

Com a habitual eloquência, Eros Roberto Grau cuida da função social da propriedade como função ativa, afinal, trata-se de um poder-dever, uma imposição de comportamentos positivos, o condicionamento de um poder a uma finalidade. Isto é, “o princípio da função

social da propriedade impõe ao proprietário - ou a quem detém o poder de controle, na empresa - o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem.” (GRAU, 2003, p. 213)

Pode-se afirmar que a afetação da propriedade privada dos bens e meios de produção - inerente ao exercício de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços (a empresa) -, preconizada nos incisos II e III, do art. 170 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), sujeita o exercício dessa propriedade à satisfação dos preceitos de existência digna, justiça social, redução das desigualdades sociais e de valorização social do trabalho humano.

Há, pois, na ordem jurídica econômica edificada na Constituição Federal de 1988 uma nítida intensificação dos princípios sociais sobre os princípios imanentes ao regime liberal-capitalista, direcionando o comportamento do Estado ao alcance dos objetivos de justiça social inerentes a sua qualidade de Estado Democrático. Ressalta-se, que sem a concretização de direitos sociais não há liberdade e igualdade, pressupostos de uma verdadeira democracia.

Os princípios de justiça social expressos na vigente Constituição do Brasil preponderam sobre princípios de conteúdo privatístico, ainda que igualmente impositivos, exigindo o reconhecimento da construção (ou de compromisso à construção) de um Estado Social, em relação ao qual, ante o contexto social e econômico vigente (que preconiza políticas públicas econômicas intervencionistas e dirigistas), não se revelam compatíveis ideias puramente neoliberais.

E mais, na constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, a funcionalização da propriedade privada aponta a diretriz da solidariedade social de forma não restrita, alcançando, para além da propriedade *stricto sensu*, também o contrato e a empresa.

Assim, se a tutela constitucional da propriedade privada implica a proteção ao direito de empresa (atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços), inarredavelmente há vinculação do exercício deste direito ao cumprimento da função social, posto a esta funcionalização condicionado o direito de propriedade em sentido amplo.

Está estabelecida no texto constitucional a funcionalização do exercício do direito de propriedade dos bens e meios de produção ao interesse social, a justificar não apenas a existência de instrumentos proteção e preservação da empresa (v.g.: recuperação judicial ou

extrajudicial da empresa em crise), mas igualmente o condicionamento do seu exercício ao bem-estar da coletividade, a solidariedade.

DIREITO À SAÚDE, POLÍTICA PÚBLICA DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA E A INDÚSTRIA

“Extraordinariamente relevante à vida humana” (SILVA, 2009, p. 308), o direito à saúde “Configura um direito público subjetivo, que pode ser exigido do Estado, ao qual é imposto o dever de prestá-lo [...]” (MENDES; COELHO; BRANCO 2009, p. 1421).

De fato, e de direito, a saúde é direito social fundamental estabelecido na Constituição Federal de 1988, artigos 6º, 196 e 198, cuja satisfação ou concretização exige ações e serviços públicos estatais integrados numa rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único. (BRASIL, 1988)

Desnecessário, para atender aos limites estreitos deste trabalho, aprofundar a análise jurídica-normativa acerca do direito à saúde. Dir-se-á, no entanto, que, objetivamente, ele se corporifica, de modo não excludente, mediante a institucionalização do Sistema Único de Saúde (SUS) a partir da Lei 8.080/90, Lei Orgânica do SUS - LOSUS (BRASIL, 1990), cuja existência e funcionamento se confunde com a própria garantia do direito.

Tal sistema é executado por meio de ações e programas voltados à prestação do serviço público de saúde, organizadas no âmbito do que se convencionou chamar de políticas públicas, isto é, “execuções das normas legais e constitucionais, verdadeiros mecanismos de sua efetivação ou um law enforcement (reforço para execução da lei)”, que “não se limitam a atos meramente políticos, de governo, atos de gestão, antes, configurando meios de planejamento para a execução dos serviços públicos ou desempenho das atividades estatais.” (SANTIN, 2004, p. 33-34 e 40-41) Ou, ainda, “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.” (BUCCI, 2006, p. 241)

Dentre as políticas públicas voltadas à concretização do direito à saúde, chama a atenção, por seu custo, a formulada para o fornecimento de medicamentos.

No âmbito do SUS, trata-se da Política Nacional de Assistência Farmacêutica, que, no plano federal, está sob a responsabilidade da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde - SCTIE/MS e foi, nos últimos anos, inteiramente reestruturada de modo a possibilitar, em linhas gerais, a otimização e racionalidade dos gastos

públicos na aquisição de medicamentos, com clara repartição de responsabilidades entre os entes federativos no que concerne à assistência farmacêutica, a articulação dos diversos componentes de assistência farmacêutica pública, ao exemplo do Componente Básico e Especializado, visando à integralidade do cuidado, e a revisão permanente da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME – e dos Protocolos Clínicos e Diretrizes

Terapêuticas – PCDT, que orientam o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.

Cumprе ressaltar que as políticas públicas na área da saúde estão informadas pela medicina baseada em evidências - MBE⁶, conforme expressamente normatizado na LOSUS, na redação dada pela Lei n. 12.401/2011 (BRASIL, 2011), paradigma aplicado especialmente no que concerne à assistência terapêutica e à incorporação de novas tecnologias.

A medicina baseada em evidências (MBE), definida como o elo entre a boa pesquisa científica e a prática clínica, refere-se à efetividade, eficiência, eficácia e segurança da terapia existente ou proposta. Enquanto a efetividade diz respeito ao tratamento que funciona em condições do mundo real e a eficácia se estabelece quanto o tratamento funciona em condições de mundo ideal, a eficiência (um dos princípios da administração pública) diz respeito ao tratamento barato e acessível para que os pacientes possam dele usufruir. (EL DIB, 2007, p. 1)

6 “Do ponto de vista jurídico, evidências são dados e informações que comprovam achados e suportam opiniões. E aqui nos aproximamos mais da noção de evidência utilizada em MBE. Neste sentido, pode ser definida como um critério de maior certeza de determinados achados e opiniões, apoiado em dados e informações cuja análise é feita dentro de padrões previamente estipulados. Em outras palavras: em MBE, denominamos evidências externas as informações e os dados coletados, na literatura médica recente, cuja validade e importância são aferidas por determinado critério [...]. Estas evidências podem ser distribuídas em graduações (fortes, intermediárias e fracas) e, do ponto de vista clínico-epidemiológico, apresentam as seguintes características: 1) valorizam desfechos clínicos de significância ao paciente e à sociedade; 2) permitem a definição de graus de evidência científica para as condutas clínicas; 3) apresenta dados para análise objetiva do potencial impacto das condutas clínicas.” (DRUMMOND; SILVA; COUTINHO 2002, p. 3). Sobre o tema, conferir, ainda, Fornecimento de medicamento e medicina baseada em evidências: assistência integral, eficiência e reserva do possível. (VASCONCELOS, 2012)

Atualmente, o sistema conta com as Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite, os Conselhos Nacionais de Secretários de Saúde (CONASS) e de Secretarias Municipais de Saúde (CONASENS) e a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), competente para emitir relatórios e pareceres conclusivos destinados a assessorar o Ministro da Saúde na tomada de decisão quanto à incorporação, exclusão ou alteração de novas tecnologias em saúde, e cujo Plenário (órgão de onde emanam as decisões) é composto de membros dirigentes do Ministério da Saúde e de suas Secretarias Executivas, da ANS, da ANVISA, do CNS, do CNASS, CONASENS e do Conselho Federal de Medicina.

Em suma, diante da proposta de incorporação de um novo medicamento (ou procedimento ou outro equipamento de saúde) para dispensação na rede pública de saúde, invoca-se a CONITEC, que expedirá um relatório técnico a subsidiar a decisão do Ministério da Saúde. Tratando-se de medicamento, eventual incorporação alterará a Relação Nacional de Medicamentos – RENAME, vinculando os entes federados ao fornecimento à população segundo as obrigações estabelecidas nas normas do SUS.

Paralelamente à deliberação ordinária dos órgãos competentes para a definição das políticas públicas na área da saúde, há o que se convencionou designar de judicialização da saúde⁷, um comportamento da sociedade - nalguns casos impulsionado pela indústria farmacêutica - e do Poder Judiciário crescente, marcado temporalmente no início da década de 1990, que, na atualidade, é responsável pela realização de parcela considerável do orçamento destinado à saúde e pela realocação de recursos financeiro-orçamentários, notadamente porque tal fenômeno se acentua em relação ao fornecimento de medicamentos de alto custo que, por razões próprias da MBE, não constam da RENAME.

Escassez e finitude de recursos (reserva do possível) exigem maior eficiência, isto é, tratamento barato e acessível para que os pacientes possam, universalmente, dele usufruir. O custo-efetividade da terapia - do medicamento - é um elemento importante para a deliberação sobre a incorporação ou não. Maior custo e menor efetividade - eficácia questionável, não comprovada adequadamente - levam à não incorporação, o mesmo ocorrendo com fármacos em fase experimental em seres humanos ou sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Neste ponto, recorre-se a levantamentos extraídos de órgãos oficiais e divulgados na

7 Lembra-se que a crítica à excessiva judicialização das políticas públicas (a ao ativismo judicial) na área da saúde não cabe no âmbito deste trabalho. A esta se faz referência apenas por conta do impacto que causa nas contas públicas.

imprensa para demonstrar o status do setor farmacêutico no Brasil e alguns números referentes aos custos de medicamentos para o sistema público, decorrentes ou não da judicialização.

No sítio do Conselho Federal de Farmácia na internet⁸, noticia-se que as despesas do Ministério da Saúde com a compra de medicamentos que integram a lista do SUS cresceram 53% entre 2011 e 2014, aumento equivalente ao dobro da inflação acumulada no período, que ficou em cerca de 27%, segundo o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). Em 2014, aponta-se que as despesas passaram para R\$ 12,9 bilhões, que correspondem a 13,9% dos R\$ 92,2 bilhões destinados para o custeio de todo o Sistema Único de Saúde (SUS). A matéria jornalística traz importante e assustadora conclusão do professor titular da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (FSP/USP) Oswaldo Tanaka: “com a garantia constitucional de acesso universal à saúde e a rapidez da indústria no lançamento de novas tecnologias, os custos governamentais com medicamentos só tendem a aumentar”.

Enfatiza, ainda, o veículo informativo que, para além do crescente gasto com a aquisição de medicamentos que integram a lista de cobertura do SUS, preocupa o aumento do número de ações judiciais pleiteando o fornecimento de medicamentos que estão fora da relação de produtos oferecidos pela rede pública “ou até mesmo remédios que nem sequer têm autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária” para serem comercializados no País. Entre 2011 e 2014, os gastos do Ministério da Saúde com a compra de medicamentos por determinação judicial passou de R\$ 218,5 milhões para R\$ 722,9 milhões, alta de 230%, sendo que mais de 1/3 do montante gasto em 2014 foi destinado compra de medicamentos importados, sem registro na Anvisa.

Em outro levantamento⁹, específico para a judicialização da saúde, efetuado a partir de dados públicos do Sistema Integrado de Administração Financeira (Siafi), consta que em dez anos - 2005 a 2015 - o gasto do SUS com decisões judiciais cresceu 744%; quase R\$ 1 bilhão apenas em 2015.

A reportagem mostra que uma única decisão judicial custou aos cofres públicos, em 2015, R\$ 3,6 milhões, e que, neste mesmo ano, 38 brasileiros já conseguiram, por meio do SUS, tratamentos cujo valor supera R\$ 1 milhão, somando R\$ 56,2 milhões. Informa, mais, que parte dos valores acaba sendo liberada para as poucas empresas que detêm a patente dos

8 Disponível em: <<http://www.cff.org.br/noticia.php?id=2935>> Acesso em 25 jun. 2016.

9 Disponível em: <http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2015/11/25/em-10-anos-gasto-do-sus-com-decisoes-judiciais-cresce-744/> Acesso em 25 jun. 2016.

produtos. Em 2015, por exemplo, uma única empresa, a americana Uno Healthcare, recebeu do governo brasileiro pelo menos R\$ 495 milhões e outra companhia, a Multicare, levou R\$ 296,09 milhões.

Obviamente que tais despesas, provenientes de decisões judiciais, referem-se a medicamentos novos, de alto custo e não incorporados ao SUS, e alguns deles sem registro na ANVISA.

Essa mesma matéria jornalística revela a declaração do então Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, Adriano Massuda, segundo o qual “as decisões judiciais se tornaram uma ‘estratégia comercial’ de algumas empresas, nos últimos anos”, pois “a falta de registro na Anvisa impede a determinação de um preço máximo para os medicamentos”.

Explica-se. A Lei n. 6.360/1976 (BRASIL, 1976) estabelece que os medicamentos, as drogas e os insumos farmacêuticos (art. 1º), inclusive os importados, não podem ser expostos à venda ou entregues a consumo, antes de registrados no Ministério da Saúde (art. 12), pena de se configurar infração de natureza sanitária (art. 66). A ANVISA, diretamente, monitora os preços dos medicamentos que estão no mercado e auxilia tecnicamente no estabelecimento do preço de novos medicamentos, e, por meio da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), estabelece critérios para a definição e o ajuste de preços, bem como descontos (em torno de 20%) para venda ao Poder Público.

Todavia, se os medicamentos cujo fornecimento foi determinado em ação judicial não estão registrados na ANVISA, não sofrem o controle da CMED e cabe à União ou à outro ente da federação adquiri-lo segundo o preço fixado pelo fornecedor, a empresa (indústria) farmacêutica. Há, portanto, nalgumas hipóteses, um desinteresse da indústria quanto ao registro e, simultaneamente, um incentivo a que a comunidade médica prescreva o “novo” fármaco, na verdade uma estratégia comercial pouco ética e que é potencializada por campanhas publicitárias e o marketing realizado diretamente no consultório médico.

Nesta quadra, de se destacar que o maior comprador de medicamentos no Brasil é o SUS, ou seja, a empresa nele vislumbra um excelente mercado.

Não é por outro motivo que o caminho trilhado pelo setor farmacêutico no Brasil destoa da economia em geral. Apesar do recuo no crescimento da economia, o setor industrial farmacêutico vem registrando crescimentos na casa de dois dígitos percentuais a cada ano. Para se ter uma ideia do tamanho deste crescimento, o Brasil passou da 10ª para a 6ª

colocação no mercado farmacêutico mundial. E para este ano de 2016, acredita-se que o Brasil alcance a 4ª posição, ficando atrás apenas dos EUA, China e Japão, segundo projeção do IMS Health (companhia que mede e pesquisa dados relacionados à saúde mundial) e da OMS (Organização Mundial de Saúde)¹⁰. Ainda em relação ao ano passado (dados sobre 2016 não estão inteiramente disponíveis), segundo dados de um estudo do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT)¹¹, a estimativa era a de que o setor farmacêutico nacional movimentaria algo em torno de R\$ 132 bilhões, contra R\$ 125,1 bilhões em 2014.

Inserindo naquele quadro normativo que informa a formulação da política pública destinada à efetivação do direito à saúde os elementos acima e o contexto social, econômico e fiscal brasileiro, infere-se que o Estado é incapaz de, isoladamente, atender à demanda por assistência farmacêutica relacionada aos medicamentos de alto custo, assim considerados, singelamente, aqueles que têm custo elevado e que exigem dos entes públicos nível de atenção especial ou excepcional.

Faz-se mister que a empresa assuma sua a responsabilidade social de cooperação, não mais se limitando ao compromisso de promoção de resultados financeiros com o objetivo de remunerar os acionistas e proprietários, garantindo a continuidade da atividade econômica. Enfim, que exerça, efetivamente, a sua função social, ainda que mediante a atuação interventiva do estado.

É certo, porém, que a situação de crise econômica, e mesmo a escassez de recursos com a qual convive os países em desenvolvimento, não autorizam o retrocesso social.

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

Direitos fundamentais são instrumentos jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar a todas as pessoas; interesses jurídicos necessários para a existência da vida humana digna (BREGA FILHO, 2002, p. 66-67).

Os direitos fundamentais têm origem nos direitos humanos e como tais ostentam indivisibilidade e seu conceito é progressivo; são interpretados segundo a máxima da concretização – máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais.

A crise econômica que assola não apenas o Brasil, mas que por aqui é mais sentida

10 Dados extraídos de: <<http://saudebusiness.com/caminho-mercado-farmaceutico-brasil-onde-vem-vai/>> Acesso: 25 jun. 2016.

11 Disponível em: <http://www.valor.com.br/empresas/4122082/mercado-nacional-deve-movimentar-r-132-bi-em-2015> Acesso: 25 jun. 2016.

na medida de nosso subdesenvolvimento, apresentam circunstâncias econômicas que se colocam como terreno fértil para medidas socialmente retrocessivas.

A título de exemplo, cita-se o que ocorreu, recentemente, em Portugal e Espanha na crise de 2009 (reflexo na crise financeira estadunidense de 2008). O Programa de Estabilidade e Crescimento português para 2011-2014 (PEC:2011/2014) previa um corte na despesa pública de 5.679 milhões €, a juntar ao corte de 3.467 milhões € que já estava no OE-2011 (principalmente nas áreas sociais e no investimento), e o aumento de impostos de 2.324 milhões € a juntar aos 1.734 milhões € do OE 2011. Em três anos apenas (2011/2013) o governo pretendia cortar na despesa pública 9.146 milhões € e aumentar os impostos em 4.058 milhões €, somando 13.204 milhões €, a determinar uma recessão econômica mais profunda e prolongada, mais falências de empresas, mais desemprego e mais miséria¹². Em Espanha, a Assembleia de Madrid aprovou a Lei de Medidas Fiscais e Administrativas da Comunidade de Madrid para 2013, que, entre outras medidas, abre a porta à privatização de seis hospitais e de 27 centros de saúde da região, o que significa que aproximadamente 1,5 milhão de cidadãos passarão a ser atendidos em hospitais e centros de saúde com gestão privada. A lei de Medidas Fiscais e Administrativas da Comunidade de Madrid para 2013 prevê também, entre outros, um corte no orçamento das seis universidades públicas de 16%, uma redução de 4,9% no orçamento da Saúde, a introdução da taxa de um euro por receita e um corte orçamental de 21% no setor dos transportes¹³.

Parafraseando Ingo Sarlet (2005, p. 100), cabe indagar até que ponto, diante das crises econômicas, pode-se voltar atrás no que diz respeito à implementação de direitos fundamentais de natureza social prestacional.

A doutrina é uníssona quanto à conformação de um princípio – implícito – de proibição de retrocesso social em nossa Constituição Federal. (Luís Roberto Barroso, apud SARLET, 2005, p. 112) Para Ana Paula de Barcellos, a eficácia vedativa de retrocesso apregoa a invalidade da revogação de norma que, regulando princípio constitucional de direito fundamental, concede ou amplia o conteúdo deste direito, sem que se coloque uma política substitutiva ou equivalente. Haveria invalidade da revogação, por vício de inconstitucionalidade, de norma concessiva ou concretizadora de direito fundamental, pois equivaleria ao esvaziamento do comando constitucional. (BARCELLOS, 2002, p. 68-69).

12 Disponível em <<http://www.eugeniorosa.com/Sites/eugeniorosa.com/Documentos/2011/19-2011-PEC-2011-2014.pdf>> Acesso 18 mar. 2013.

13 Disponível em <<http://www.esquerda.net/artigo/madrid-aprova-o-maior-plano-de-privatiza%C3%A7%C3%B5es-da-sa%C3%BAde-em-espanha/26081>> Acesso 05 mar. 2013.

Flávia Piovesan e Daniela Ikawa recorrem à indivisibilidade dos direitos humanos e ao valor da primazia da pessoa humana, fundamento dos sistemas – nacional e internacional – de defesa destes direitos, para afirmar a existência do “direito à segurança de direitos”, inclusive econômicos, sociais e culturais. Todavia, admitem, excepcionalmente, restrições a direitos civis, políticos, sociais, econômicos ou culturais, desde que observadas uma série de limitações que arrolam. (PIOVESAN; IKAWA, 2005, p. 45-84)

Luiz Otávio de Vincenzi de Agostinho e Vladimir Brega Filho, reportando-se a Gomes Canotilho e José Afonso da Silva, advogam que todos os avanços conquistados pela Constituição de 1988 e legislação por ela recepcionada devem ser protegidos em face de modificações futuras, daí reconhecendo-se espaço para manifestação do princípio da proibição de retrocesso, que surge como a cláusula de vedação de qualquer modificação, que implique em retroagir, substancialmente, na conquista legislativa já alcançada. Reconhecem, todavia, que em tempos de crise admitir-se-á o retrocesso substancial, que, entretanto, encontra limite temporal (é uma decisão com eficácia por certo tempo) e material (admissível enquanto não violado o princípio da dignidade humana). (AGOSTINHO; BREGA FILHO, 2011, p. 172-173 e 180-184).

Ingo Sarlet também discorreu sobre a controvérsia, designando-a “dilema da manutenção de níveis satisfatórios de proteção social num contexto de crise”. O festejado autor pondera sobre a ausência de imunidade do Estado Social de Direito às suas próprias transformações e desenvolvimento, remetendo o leitor à possibilidade de mudanças positivas e negativas, respectivamente, autorizativas e não autorizativas de decisões “retrocessivas”. Se é certo que não existe dúvida a respeito do reconhecimento da vedação ao retrocesso, também “é verdade que há, ainda, considerável espaço para controvérsia no que concerne à amplitude da proteção outorgada pelo princípio da proibição de retrocesso social, ou seja, que tal proteção não pode assumir caráter absoluto”. (SARLET, 2005, p. 102-104 e 116)

Considerados o aumento da demanda por prestações estatais de caráter social e a limitação da capacidade prestacional do Estado, cujos recursos sabem-se finitos, especialmente num contexto de crise econômica e incremento dos níveis de exclusão social, SARLET assume a possibilidade de promoção de ajustes e, eventualmente, até mesmo de alguma redução ou flexibilização em matéria de segurança social. Condiciona a validade da medida de cunho retrocessivo para aquém do conteúdo em dignidade da pessoa, isto é, salvaguardado o núcleo essencial dos direitos sociais, e à ponderação a respeito das

circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais do lugar e do momento em que ela é tomada. (SARLET, 2005, p. 119-124)

A observação é importante.

Não se deve importar do direito estrangeiro, ou de sua jurisprudência, irreflexivamente, e aplicar, de plano, receitas inadequadas ao caso brasileiro.

No terreno da discussão em torno do papel econômico do Estado, Lenio Streck discorre com a habitual percuciência:

Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do estado Providência ou welfare state tem consequências absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve Estado Social. O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi – especialmente no Brasil – pródigo (somente) para com as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado [...]. (STRECK, 2011, p. 27-28)

Considerando, pois, o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, o contexto socioeconômico nacional e a contemporaneidade do processo de implantação de direitos sociais em seu grau essencial, se afigura incoerente e juridicamente impossível admitir-se, mesmo abstratamente, a superveniência de medida socialmente retrocessiva motivada pela crise econômica.

Tenha-se por parâmetro decisório os dois direitos sociais prestacionais especialmente tutelados pela Carta de 1988, a saúde e a educação, assim considerados porque contemplados com norma constitucional que prescreveu o nível mínimo de investimento financeiro-orçamentário a cargo do Poder Público.

As circunstâncias sociais, econômicas e culturais locais, fazem o Brasil diferente dos Estados europeus. Grécia, Portugal e Espanha passaram pelo Estado-Providência, deste modelo usufruindo sua sociedade, com o que se tolera agora (até o limite do mínimo existencial verificado em cada sociedade), em face da crise instalada, medidas reducionistas da amplitude da proteção (social) até então outorgadas.

Ademais, a Constituição Federal promulgada em 1988 destacou a dignidade da pessoa humana ou a existência digna, colocando-a como fim primordial e superior da própria ordem econômica, bem assim na relevante condição de alicerce do Estado Social e Democrático de Direito. Este princípio consiste numa garantia conferida ao indivíduo, segundo a qual deverá ter promovido o desenvolvimento de sua personalidade, ser tutelado contra atos, situações ou contextos que o coloquem em situação de humilhação, ultraje ou degradação humana. (SARLET, 2005, p. 94)

De fato, a Constituição Econômica tem por fim assegurar a todos a existência digna, princípio do qual não pode se imiscuir o Estado, antes, nele deve se estribar para intervir ou se abster. Daí afirmar-se que, nos países em desenvolvimento, o princípio da vedação de retrocesso social, para além de vedar medidas absenteístas ou reducionistas da participação do Estado na promoção do bem-estar e da dignidade, autoriza, justifica ou legitima a intervenção estatal na propriedade privada, notadamente num momento de crise econômica e ajuste fiscal necessário, a com finalidade de promover ou assegurar a efetivação de direitos sociais prestações, no caso o fornecimento de medicamentos de alto custo.

A EMPRESA COMO SUJEITO DA FORMULAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAL E LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO DE PATENTES DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO SÃO INSTRUMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Sem prejuízo da invocação do princípio da função social da propriedade industrial, estabelecido, genérica e especificamente (art, 5º, XXIX) na Constituição Federal (BRASIL, 1988), examina-se criticamente o papel do mercado, ou mais pontualmente de seus agentes quanto à obrigação comum de assegurar aos indivíduos a dignidade por meio da contribuição para a prestação de direitos sociais. Se o faz (exame) a partir da aplicação, em maior extensão, da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Uadi Lammêgo Bulos pontua a causa dessa eficácia privada ou entre particulares dos direitos fundamentais: “as crises sociais e econômicas do século XX modificaram a posição do sujeito passivo dos direitos fundamentais”, possibilitando a “aplicação das liberdades públicas nas relações travadas entre particulares”. O constitucionalista menciona a aceitação dessa teoria no âmbito do Supremo Tribunal Federal. (BULOS, 2015, p. 541-542).

Relativamente ao fornecimento de medicamentos de alto custo, pode-se afirmar que existe uma certa relação jurídica obrigacional estabelecida entre o indivíduo (paciente) e a própria empresa farmacêutica que o produz, sem negar que desta também participa o Estado. Forte na Constituição, especialmente no princípio da função social da empresa, e com base na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, afirma-se que a concretização do direito à saúde não é responsabilidade exclusiva do Estado.

Para além de se exigir dos particulares que não violem os direitos fundamentais, pode-se cobrar também deles concurso para a concretização desses interesses, isto é, deles

exigindo-se uma postura proativa no que toca às políticas sociais de implementação dos direitos fundamentais.

O agente provocador dessa participação da empresa na concretização de direitos é o Estado, que dispõe de instrumentos interventivos mais e menos invasivos da esfera privada do agente econômico, como o fomento financeiro direto ou por meio da recusa fiscal, a criação de mecanismos de preservação da empresa, o exercício de atividades econômicas em concorrência com o particular, a regulação, a desapropriação e, no que toca ao tema em análise, o licenciamento compulsório das patentes de medicamentos.

Assim como o Estado, a empresa consubstancia-se num importante ator na implementação e execução das políticas públicas, influenciando-as e delas participando ativamente. “Na realidade, qualquer política pública envolverá em grau maior ou menor empresas que fornecerão produtos ou serviços, e desse modo, esses atores devem ser sempre considerados na elaboração de políticas”. (DIAS; MATOS, 2012, p. 51)

A concessão da patente se manifesta por meio de um ato administrativo, no Brasil da competência do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), assegurando ao titular do bem industrial - invenção ou modelo de utilidade -, que atenda às condições legais de patenteabilidade, o direito à sua exploração econômica com exclusividade, ou seja, monopolisticamente.

Diferentemente de outros direitos, o direito da propriedade industrial nasce da lei, do ordenamento jurídico, que, por sua vez, delimita a esfera de atuação ou de exercício dos direitos inerentes à mesma propriedade.

Segundo nossa Constituição Federal de 1988, o privilégio concedido ao titular de uma invenção (de medicamento, por exemplo) é temporário e o exercício dos poderes inerentes à propriedade deve observar o interesse social e o desenvolvimento econômico do País - inciso XXIX do artigo 5º. (BRASIL, 1988)

Regulamentando a Constituição, vige, desde 1996, a Lei n. 9.279 – Lei da Propriedade Industrial (LPI), cujo artigo 68, coerente com a funcionalização da propriedade industrial, isto é, o condicionamento de sua exploração à função social, prevê hipóteses que autorizam ao Poder Público, mediante provocação ou de ofício, o licenciamento obrigatório ou compulsório do uso da patente em favor de terceiros, dentre as quais destacam-se o exercício abusivo do direito (cobrança de preço excessivos), o abuso do poder de econômico (utilização da patente para domínio de mercado) e a emergência nacional ou o interesse público declarado em ato do Poder Executivo federal. (BRASIL, 1996)

A licença compulsória, ou “quebra de patentes” como é conhecida, consiste-se na outorga oficial àqueles que normalmente concorrem com o titular do bem industrial, possibilitando ao Estado intervir na propriedade industrial que não atende às necessidades coletivas, ao interesse social.

No Brasil, o caso mais noticiado de licenciamento compulsório refere-se ao efavirenz, medicamento considerado mais custo-efetivo para o tratamento da Aids, consumido por 40% dos portadores do vírus da Aids no Brasil. Por provocação do Ministério da Saúde, o Presidente da república decretou o licenciamento compulsório de um medicamento antirretroviral – Decreto 6.108/2007 (BRASIL, 2007), oficializando a outorga de licença para exploração não-comercial do efavirenz.

Sabe-se que após a declaração de interesse público, o laboratório Merck Sharp & Dohme ofereceu redução de 30% sobre o preço de US\$ 1,59 por comprimido de 600 mg, proposta recusada pelo governo brasileiro, que admitia pagar o mesmo preço pago pela Tailândia - US\$ 0,65 por comprimido, isto é, valor 136% menor do que o desembolsado pelo SUS.

Relevante anotar, dentre os fundamentos utilizados para a tomada da decisão, a invocação da saúde enquanto direito fundamental e dever do Estado e a função social da propriedade (incisos XXIII e XXIX do artigo 5º da Constituição de 1988).

Indiscutivelmente, porque conta com lastro normativo de índole constitucional e legal, porque atende a interesse com carga axiológica maior, o instituto do licenciamento compulsório da propriedade industrial sobre patentes de medicamentos é um instrumento viável para a concretização do direito à saúde, ao acesso à assistência farmacêutica.

CONCLUSÃO

Nossa Constituição Federal estabelece a responsabilização da empresa quanto a efetivação de direitos, à medida que condiciona o exercício da propriedade privada ao cumprimento da sua função social, autorizando a que o Estado, a despeito de economicamente vinculado à liberdade de iniciativa e ao não intervencionismo, e inserindo-se num sistema econômico traçado por elementos do capitalismo, atue para condicionar o exercício da atividade econômica, mais precisamente a exploração da propriedade industrial das patentes de invenção de medicamentos de alto custo, à satisfação de interesses que não aqueles egoísticos dos agentes econômicos, como o lucro.

Trata-se de chamar o agente econômico, como participante que é da implementação e da execução da política pública, para que assuma sua responsabilidade social de cooperação, não mais se limitando ao compromisso de promoção de resultados financeiros com o objetivo de remunerar os acionistas e proprietários. Ainda que tal se dê por meio de atuação interventiva do Estado.

Para além de se exigir dos particulares que não violem os direitos fundamentais, pode-se cobrar também deles concurso para a concretização desses interesses, isto é, deles exigindo-se uma postura proativa no que toca à implementação dos direitos fundamentais, cuja eficácia horizontal ou privada os atinge e vincula.

Na constituição do Estado brasileiro não há espaço para posturas liberais clássicas ou puramente neoliberais. O desenvolvimento socioeconômico, a dignidade da pessoa humana e a livre iniciativa negam ao Estado a abstenção, impondo-lhe proatividade, a prática de ações afirmativas compatíveis com a filosofia liberal humanista, e a busca, por meio da concretização de direitos sociais prestacionais, como é o caso da saúde/assistência farmacêutica, da igualdade, da liberdade e da consecução do Estado Democrático.

A desobediência à funcionalização do exercício da propriedade privada, por si só, justifica a intervenção estatal, providência que cumpre um papel relevante diante da escassez e finitude de recursos (a exigir maior eficiência nos gastos) e, mais ainda, num ambiente de crise econômica e de ajuste fiscal das contas do maior consumidor de produtos e tecnologias de saúde, o Estado. Notadamente porque, em se tratando de uma País subdesenvolvido – ou em desenvolvimento - a situação de crise econômica não autoriza o retrocesso social.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Luiz Otávio Vincenzi de; BREGA FILHO, Vladimir. Proibição de retrocesso e

crise econômica: conciliação quase impossível. In: AGOSTINHO, Luiz Otávio Vincenzi de; HERRERA, Luiz Henrique Martim (Org.). Tutela dos direitos humanos e fundamentais... Birigui: Boreal Editora, 2011, p. 171-185.

AZEVEDO, Plauto Faraco. Direito, justiça social e neoliberalismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito econômico. São Paulo: Celso Bastos editor, 2003.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Tradução de Carmen C. Varriale. 13ª ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2010, v. 1.

_____. Dicionário de Política. Tradução de Carmen C. Varriale. 13ª ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2010, v. 2.

BRASIL. Lei nº 6.360 de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Brasília, DF: 1976.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm> Acesso em 08 mar. 2012.

_____. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Senado, 1996.

_____. Decreto nº 6.108, de 4 de maio de 2007. Concede licenciamento compulsório, por interesse público, de patentes referentes ao Efavirenz, para fins de uso público não-comercial. Brasília, DF: Senado, 2007.

_____. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência farmacêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm. Acesso em 03 mar. 2012.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2006.

- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- DRUMMOND, José Paulo; SILVA, Eliezer; COUTINHO, Mário. Medicina baseada em evidências. 2ª ed. São Paulo: Atheneu, 2002.
- DUSSEL, Enrique. Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão. Tradução de George I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995.
- EL DIB, Regina Paolucci. Como praticar a medicina baseada em evidências. J. Vasc. Bras. 2007, Vol. 6, nº 1. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/jvb/v6n1/v6n1a01.pdf>.> Acesso em: 23 fev. 2012.
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HORTA, Raul Machado. Direito constitucional. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v. 4.
- PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança dos direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). Constituição e segurança jurídica... Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 47-83.
- SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). Regulação e desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SANTIN, Valter Foletto. Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço... São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito constitucional positivo. 32. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, André Ramos. Direito constitucional econômico. São Paulo: Método, 2003.

VASCONCELOS, João Paulo A. Fornecimento de medicamento e medicina baseada em evidências: assistência integral, eficiência e reserva do possível... In: CONPEDI/UFF (Org.). ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. et al. (Coord.). Direitos sociais e políticas públicas II. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5553cfaf751a4b14>> Acesso em 27 jun. 2013.

INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS: O RECONHECIMENTO DO ACESSO À INTERNET COMO DIREITO HUMANO E SUA LIMITAÇÃO PELOS ESTADOS

Fernando Navarro VINCE¹
Daniela Menengoti RIBEIRO²

RESUMO

A ONU considera o acesso à Internet um direito humano e entende que restringir de qualquer forma a conexão da população à rede mundial de computadores fere o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, sobretudo no que se refere à liberdade de expressão e direito de informação. Alguns países, porém, editaram leis que limitam o uso do espaço virtual alegando questões de ordem pública, como segurança nacional e proteção do próprio indivíduo. Vale dizer, escorados em temas que inspiram preocupação social como terrorismo, pornografia infantil, discriminação racial, os Governos implantam, por meio de leis locais, o monitoramento eletrônico do cidadão. Neste sentido, buscar-se-á através do método dedutivo de investigação científica, analisar o processo de internacionalização e consolidação desse direito contemporâneo, verificando a legitimidade da conduta do Estado de fiscalizar o acesso do cidadão à web com o pretexto de resguardar outros direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à internet; Direitos Humanos; Internacionalização; Restrição de direitos fundamentais.

ABSTRACT

The UN considers Internet access a human right and understand that restrict in any way the

- 1 Mestre em Ciência Jurídicas pela UniCesumar. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Gestão Pública pela Faculdade Educacional de Colombo (FAEC). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção Cornélio Procópio nos anos 2010/2012 e 2013/2016. Procurador Geral do Município de Uraí, Paraná nos períodos 1997/2000, 2005/2008 e 2009 até julho de 2011. Docente de Ensino Superior desde 2011. Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Cristo Rei de Cornélio Procópio/PR (julho de 2013 à janeiro de 2016). Atualmente é professor da Graduação em Direito da Faculdades Londrina, Londrina/PR e de Direito Processual Civil dos programas de Pós-graduação Lato Sensu (Especialização) do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC) Londrina/PR e da Faculdade Alvorada, Maringá/PR. Membro do Grupo de Pesquisa (CNPq) Internacionalização do direito: dilemas constitucionais e internacionais contemporâneos. Advogado, palestrante e autor de diversos artigos e capítulos de livros.
- 2 Professora do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas e da graduação em Direito do Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). Coordenadora/Líder do Grupos de Pesquisa (CNPq): Instrumentos jurisdicionais de efetivação dos direitos da personalidade e Coordenadora/Líder do Grupos de Pesquisa (CNPq): Internacionalização do direito: dilemas constitucionais e internacionais contemporâneos. Pesquisadora do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). Doutora em Direito-Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) com período de pesquisa (doutorado sanduíche) na Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne, França. Mestre em Direito-Relações Internacionais, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com período de pesquisa no Mestrado em Integrazione Europea da Università Degli Studi Padova, Itália. Bolsista CNPq no mestrado e no doutorado. Especialista em Comercio Internacional y Inversiones, pela Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina. Especialista em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Aperfeiçoamento em Marchés Internacionaux pela École Supérieure d'Agriculture d'Angers, França. Bacharel em Direito pela Unicesumar. Advogada. Dentre as linhas de pesquisa estão: Direito Internacional (Público e Privado), Direitos Humanos, Desenvolvimento Humano e Econômico. Colaboradora do blog: pretextointernacional.blogspot.com

connection of the population to the world wide web hurts the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966, particularly with regard to freedom of expression and right to information. Some countries, however, edited laws that limit the use of the virtual space on the grounds of public policy issues, such as national security and the individual's own protection. That is, anchored in themes that inspire social concern such as terrorism, child pornography, racial discrimination, governments deploy through local laws, electronic monitoring of citizens. In this sense, will be sought through the deductive method of scientific research, analyze the process of internationalization and consolidation of contemporary law, verifying the legitimacy conduct of the State to monitor / reduce citizen access to the web in order to protect other rights

KEY-WORDS: Internet access; Human rights; Internationalization; fundamental rights restriction.

INTRODUÇÃO

O processo de internacionalização³ dos direitos humanos foi instaurado pela Declaração Universal de 1948 e buscava a defesa do indivíduo contra as arbitrariedades do exercício do poder, em especial do poder do Estado. O pós-Segunda Guerra inaugurou o movimento de reflexão internacional comprometido com a proteção da dignidade humana e de consolidação dos direitos da pessoa. A elaboração do referido tratado internacional adveio do entusiasmo suscitado pela criação da Organização das Nações Unidas (ONU), sob cuja égide reuniram-se os Estados levando em conta as experiências nazifascistas do período da Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de instituir uma nova organização internacional na busca pela paz.

A recém-fundada organização atribuiu à Comissão da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) para as Bases Filosóficas dos Direitos Humanos, a tarefa de estabelecer a fundamentação dos direitos humanos constantes da Declaração. A Comissão realizou um estudo aprofundado que resultou na Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. O texto da Declaração anuncia no artigo 3º que “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”, além de dispor sobre o direito à igualdade, os direitos civis e familiares, os direitos políticos e os direitos econômicos e sociais.

Frente ao documento, o indivíduo não tem, todavia, somente direitos, mas também

3 A jurista francesa Mireille Delmas-Marty é precursora da utilização da expressão “internacionalização do direito”, consagrada nos livros da coleção *Les forces imaginantes du droit*, e para quem esse fenômeno de universalização das normas jurídicas visa a aproximação dos sistemas jurídicos, mas não propriamente de sugerir uma unificação. Outros autores contribuem para esta reflexão, como Gunther Teubner, François Ost, José E. Alvarez, Martti Antero Koskeniemi, Emmanuelle Jouannet, Peter Häberle e José Gomes Canotilho.

um conjunto de compromissos para com a comunidade na qual vive e onde desenvolve sua personalidade. A afirmação desses compromissos é igualmente uma novidade do direito contemporâneo, uma vez que as leis internas ocupavam-se tão-somente dos direitos do indivíduo.

A ausência de força jurídica vinculante da Declaração e a necessidade de sua judicialização culminaram com a elaboração do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1966 e aberto à adesão dos Estados, e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em vigor no âmbito internacional a partir de janeiro de 1976.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e os dois pactos – que acrescentaram número significativo de direitos político-sociais ao documento de 1948, constituem a Carta Internacional dos Direitos Humanos, considerada fonte de inspiração para os esforços nacionais e internacionais destinados a promover e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, vistos como indivisíveis, interdependente e inalienáveis.

Diante do fenômeno de internacionalização inaugurada, a proteção dos direitos humanos ocupa reconhecidamente posição central na agenda internacional nesta passagem de século e permitindo maior valorização das pessoas. Os múltiplos instrumentos internacionais revelam uma unidade fundamental de concepção e propósito, partindo da premissa de que os direitos protegidos são inerentes a todos os seres humanos, sendo anteriores e superiores ao Estado e a todas as formas de organização política.

Nesta senda de desenvolvimento dos direitos humanos, destaca-se hodiernamente o acesso à Internet, que no ano de 2012 foi reconhecido pela ONU como direito humano, por representar desdobramento da liberdade de expressão e informação previstos no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966. Segundo o aludido órgão internacional, ofende os direitos do homem qualquer medida que tenha por objetivo impedir ou limitar a conexão do indivíduo à rede mundial de computadores.

Ocorre, que alguns países, sob o argumento de proteção ao próprio indivíduo e a manutenção da segurança nacional, editaram normas jurídicas que tem por objetivo restringir o contato do cidadão com a web, bem como o monitorar a vida virtual da população. Esses atos normativos são legítimos? O ofendem os direitos humanos? É o que se pretende averiguar neste artigo. Para tanto, buscar-se-á promover, sob à ótica da doutrina nacional e internacional, uma reflexão sobre a legitimidade das leis que buscam de qualquer forma

monitorar o cidadão no ambiente virtual.

Destarte, antes de abordar o núcleo da questão, de início será apresentado um estudo, sobre as gerações ou dimensões de direitos humanos, visando situar o leitor dentro do contexto histórico-evolutivo das liberdades e garantias individuais. Em seguida será examinado o reconhecimento do acesso à Internet como direito humano, bem como os mecanismos globais de garantia à liberdade de expressão e informação. Caminhando para o fim, será investigada a limitação ou controle do acesso a Internet por parte dos Estados por meio de atos normativos e condutas administrativas coercitivas. Em arremate, na parte derradeira do artigo, será discutida a legitimidade dos atos estatais que restringem o acesso à Web, com especial entonação para a solução apontada pela doutrina como sendo a mais favorável até o momento para dirimir os conflitos que nascem da mencionada limitação tecnológica.

AS GERAÇÕES OU DIMENSÕES DE DIREITOS HUMANOS

Desde o seu reconhecimento, os direitos humanos passaram por diversas transformações, tanto no que diz respeito ao seu conteúdo, quanto no que tange à sua titularidade, eficácia e efetivação (SARLET, 2012, p. 31). Para fins didáticos, no intuito facilitar a compreensão e permitir uma visualização mais abrangente do processo evolutivo, a doutrina dividiu as liberdades públicas em dimensões ou gerações.

Existe uma divergência na doutrina brasileira em relação ao nome que se dá ao processo de evolução dos direitos constitucionais em comento: geração ou dimensão de direitos fundamentais? Num primeiro instante, os operadores brasileiros do direito se simpatizaram com o termo geração. Essa tendência era capitaneada por Paulo Bonavides⁴, que, escorado nas lições de Karel Vasak, adotava o nome em suas preleções: “[...] os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo [...]” (BONAVIDES, 2006, p. 563).

4 Segundo Paulo Bonavides, quem foi o primeiro a utilizar a expressão geração de direitos fundamentais foi Karel Vasak, durante a aula inaugural dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem ministrada em Estrasburgo, no ano de 1979. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 563).

Apesar dessa preferência ainda persistir entre alguns estudiosos, hoje a parcela dominante dos juristas declara com convicção superior que denominação “geração” não é a mais apropriada, vez que dá a sensação incorreta de sucessão, substituição, quando se sabe que isso não acontece em relação aos direitos dos homens. Isso porque, eles não se suplantam, mas se somam, coexistem. Assim, o termo mais adequado, de acordo com maioria da doutrina e atual história dos direitos fundamentais, é “dimensão” e não “geração”, haja vista que é o que se amolda melhor com o contemporâneo estágio de desenvolvimento dos direitos humanos essenciais.

Os direitos humanos de primeira dimensão são direitos civis e políticos, ou direitos do homem. Trata-se dos direitos individuais vinculados à liberdade, à propriedade⁵, à segurança e à resistência às diversas formas de opressão. São, pois, “direitos inerentes à individualidade, tidos como atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que por serem de defesa e serem estabelecidos contra o Estado, têm especificidade de direitos “negativos” (WOLKMER, 2001, p. 7).

Nas palavras de Antonio Carlos Wolkmer, tais direitos apareceram ao longo dos séculos XVIII e XIX “como expressão de um cenário histórico marcado pelo ideário do jusnaturalismo secularizado, do racionalismo iluminista, do contratualismo societário, do racionalismo individualista e do capitalismo concorrencial” (WOLKMER, 2001, p. 7).

O período consolida a hegemonia da classe burguesa, que decorre, principalmente, da insatisfação dos governados com a realidade política, econômica e social da época e estabelece, como fontes legais institucionalizadas dos direitos civis clássicos de primeira dimensão, a notável Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, e da França, de 1789. Tais direitos e garantias foram posteriormente positivados pela Constituição norte-americana de 1787 e pelas Constituições francesas de 1791 e 1793, além da importante influência exercida no Código Napoleônico de 1804, fiel tradutor do espírito liberal-individual.

Tais direitos civis e políticos foram consagrados nos sistemas jurídicos através do processo histórico e implementados pelas etapas da justificativa e fundamentação, gozando atualmente de argumentos que aprofundaram a importância da temática dos direitos humanos

5 “A Declaração Francesa considerava o direito de propriedade como inviolável e sagrado, o que os redatores de 1948 nunca teriam aceito. Mas não teriam aceito também que o objeto de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, fórmula que implica uma filosofia do *direito natural* e da *finalidade individualista*.” (ARON, 2002, p. 33)

para a construção do Estado Liberal de Direito. (BARRETO, 2010, p. 194) Pode-se creditar o surgimento e o resguardo dessa dimensão de direitos à moral individualista e secular, que coloca o indivíduo como centro do poder, combatendo, de outra parte, os arranjos entre poder político e religioso, e assinalando a secularização do poder do Estado. (BOBBIO, 2004, p. 46 e ss.)

São, portanto, direitos que abrigam as liberdades individuais impondo limitações ao poder do Estado, decorrentes da evolução do direito natural sob a perspectiva de ênfase jusnaturalista centrada no homem, e influenciados pelos ideais iluministas de Rousseau, Locke e Montesquieu.

Os direitos humanos de segunda dimensão consistem nos direitos econômicos, sociais e culturais, ou direitos humanos fundados social e politicamente sobre os conceitos de igualdade e de justiça social. Estão elencados nesta dimensão o direito ao trabalho, à saúde, à educação etc.

A contextualização histórica desta classificação é nitidamente marcada pelo surto do processo de industrialização e os graves impasses socioeconômicos que varreram a sociedade ocidental entre a segunda metade do século XIX e as primeiras décadas do século XX.

Para Rogério Gesta Leal, a consequência política do paradigma liberal e positivista que se impôs na década de 1970, fundada nos estudos de Ronald Coase⁶, provocou o questionamento incisivo das políticas públicas emanadas do Estado de Bem-Estar Social,

[...] de natureza intervencionista nas relações econômicas e de mercado, em nome da equalização das diferenças sociais e da inclusão de maiorias marginalizadas pelo modelo econômico vigente, radicalizando ainda mais a influência do liberalismo conservador preocupado com a proteção incondicional da propriedade privada, defendendo uma teoria do direito que se ocupasse em fazer com que o direito garantisse e facilitasse as chamadas escolhas livres e os contratos privados. (LEAL, 2010, p. 25)

As principais fontes legais institucionalizadas de positivação dos direitos de segunda geração encontram respaldo na Constituição mexicana de 1917, na Constituição alemã de Weimar de 1919, na Constituição espanhola de 1931 e na Constituição brasileira de 1934. (WOLKMER, 2001, p. 9)

O Estado, enquanto sujeito passivo, tem o dever da prestação positiva aos cidadãos

6 Coase foi o economista responsável por romper a visão neoclássica na economia e incluir as instituições jurídicas no debate econômico.

titulares de tais direitos, em oposição ao que se reclamava quando da reivindicação dos direitos de primeira geração. Por tal razão, os direitos humanos de segunda geração são chamados de liberdades positivas ou seja, supõem a intervenção do Estado para concretizar-se.

Os direitos sociais ou prestacionais contribuem na transição do constitucionalismo liberal – fundado na construção do individualismo, na inação do poder estatal e na propriedade privada – para o constitucionalismo social, uma vez que determinam ou exigem do Estado, enquanto ente propiciador da liberdade humana, a efetiva garantia e eficácia do direito fundamental prestacional.

De acordo com Jean Salmon,

Trata-se de “direitos-reivindicação”, exigindo do Estado uma proteção econômica e social e meios econômicos para poder exercer as liberdades. De fato, desde a Revolução Francesa, alguns desses direitos foram proclamados com o mesmo título que os direitos ditos de primeira geração. Esses direitos foram os primeiros a ser consagrados no plano internacional, uma vez que a primeira organização internacional com mandato de proteção dos direitos fundamentais foi a Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919. Da mesma forma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos deu-lhes um lugar. No entanto, apenas com o Pacto Universal (1966) relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que esses direitos foram pormenorizados e sistematizados com uma eficácia, de certa forma, relativa, que a globalização atual diminui ainda mais.⁷ (SALMON, 2001, p. 397, tradução livre)

A despeito das conquistas provenientes das lutas sociais pelo reconhecimento e a eficácia dos direitos civis e políticos de primeira geração, bem como dos direitos econômicos, sociais e culturais, outros valores metaindividuais, coletivos e difusos⁸ – como a solidariedade e a fraternidade –, até então não debatidos pela sociedade ocidental, foram colocados em pauta por ocasião do final da Segunda Guerra Mundial, em 1945, e passaram a ser chamados direitos humanos de terceira dimensão.

7 “Il s’agit de “droits-créances” exigeant de l’État une protection économique et sociale et les moyens économiques pour être à même d’exercer les libertés. En fait, dès la Révolution française, certains des ces droits ont été proclamés au même titre que les droits dits de la première génération. Ces droits ont même été les premiers à être consacrés sur le plan international, puisque la première organisation internationale ayant un mandat de protection des droits fondamentaux est l’Organisation internationale du Travail, créé en 1919. De même la Déclaration universelle des droits de l’homme leur fit une place. Néanmoins, ce n’est que par le Pacte universel (1966) relatif aux droits économiques, sociaux et culturels que ces droits ont été précisés et systématisés, avec, au demeurant, une effectivité toute relative, que la mondialisation actuelle diminue encore.”

8 “Aspecto nuclear dos direitos metaindividuais, a distinção entre direitos difusos e coletivos nem sempre fica muito clara, podendo-se dizer que o critério subjetivo os diferencia (maior ou menor indeterminação dos titulares do Direito). Os direitos difusos centram-se em realidades fáticas, “genéricas e contingentes, acidentais e mutáveis” que engendram satisfação comum a todos (pessoas anônimas envolvidas mas que gastam produtos similares, moram na mesma localidade etc.), enquanto os direitos coletivos envolvem interesses comuns no interior de organizações sociais, de sindicatos, de associações profissionais etc.” (WOLKMER, 2001, p. 10)

Acerca dos direitos mais citados e reconhecidos consensualmente como de terceira dimensão estão o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, e o direito à comunicação.

Em razão das transformações sociais ocorridas nas últimas décadas, outros direitos podem ser inseridos na terceira dimensão, como os direitos de gênero, os direitos da criança, do idoso, dos deficientes físicos e mentais, das minorias (étnicas, religiosas, sexuais) e os novos direitos da personalidade (à intimidade, à honra, à imagem).

Nestes termos, a solidariedade⁹ e a fraternidade respondem às preocupações e às aspirações de paz, de desenvolvimento e de um ambiente saudável, que ganharam impulso no período pós-Segunda Guerra Mundial (1945 – 1950). Tais direitos transcendem, assim, os Estados, refletindo os objetivos da comunidade internacional.

Ingo Wolfgang Sarlet destaca que o titular desta geração de direitos não é mais o homem individualmente considerado, posto que ela respeita à proteção de categorias ou grupos de pessoas, trazendo

[...] como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa [...]. (SARLET, 2007, p. 50-51)

É o exemplo por excelência do direito à autodeterminação dos povos, expresso nos artigos 1º, § 2º, e 55 da Carta das Nações Unidas, consagrado também no artigo 1º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, reafirmados nos mesmos termos no artigo 1º do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, e reconhecidos pacificamente por todos os Estados como um direito de titularidade coletiva.¹⁰

9 Léon Duguit propõe o termo interdependência social no lugar de solidariedade: “O homem, diremos nós, está ligado aos outros homens pelos laços da *solidariedade social*. Para evitar a palavra *solidariedade*, pode-se dizer *interdependência social*.” (DUGUIT, 2004, p. 22). Pedro Demo questiona a ideia da solidariedade como sendo um efeito do poder exercido por culturas dominantes. Conforme o autor, “[...] olhando para outras culturas e sobretudo cultivando posturas científicas mais flexíveis e dialéticas, é possível divisar alternativas, apesar de termos de manter o respeito natural às polêmicas. Não pretendo acabar com a solidariedade. Ao contrário, gostaria de questionar, como fiz, a solidariedade de cima, e, mantendo acentuado espírito crítico ou autocrítico, fundamentar possibilidades de solidariedade de baixo para cima. Assim, ao lado de manter a solidariedade como uma das utopias mais instigantes da espécie humana, pode-se buscar realizações relativas dela na história concreta, dependendo sobretudo da qualidade da cidadania.” (DEMO, p. 2002, p. 254-255)

10 No contexto dos direitos de titularidade coletiva que vêm sendo elaborados no sistema da ONU também é oportuno citar o direito ao desenvolvimento, reivindicado pelos países subdesenvolvidos no âmbito do diálogo Norte/Sul acerca de uma nova ordem econômica internacional; o direito à paz, pleiteado nas discussões sobre desarmamento; o direito ao meio ambiente; e o reconhecimento do fundo dos oceanos como patrimônio comum da humanidade, a ser administrado por uma autoridade internacional. (LAFER, 2009, p. 131)

A quarta dimensão de direitos humanos, reconhecida doutrinariamente, refere-se aos direitos ligados à biotecnologia, à bioética¹¹ e à regulação da engenharia genética. “Trata-se dos direitos específicos que têm vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, transplante de órgãos, engenharia genética e outros”. (WOLKMER, 2001, p. 12)

Esses novos direitos, que emergiram no final do século XX, projetam desafiadoras discussões, pois identificam-se com a universalização de direitos já existentes, como o direito à democracia direta, à informação e ao pluralismo, por exemplo – o que explica o descompasso e os limites da ciência jurídica convencional para regulamentar e proteger com efetividade tais procedimentos.

Há doutrinadores que consideram ainda a existência de uma quinta geração de direitos humanos, advinda das tecnologias de informação, do ciberespaço e da realidade virtual em geral, decorrentes da contínua e progressiva evolução da sociedade.¹²

Outrossim, os direitos reconhecidos como do homem na sua singularidade – sejam eles os de primeira ou de segunda dimensão – têm a titularidade inequívoca do indivíduo. Já os direitos de terceira, de quarta e de quinta dimensões podem implicar conflitos no que tange à titularidade do indivíduo e/ou da coletividade, diante da multiplicidade de grupos (trabalhadores, mulheres, minorias étnicas etc.) que eventualmente sobrepõem-se uns aos outros.

Segundo Norberto Bobbio, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas sim o de protegê-los”(BOBBIO, 2004, p. 23). No entanto, “há casos em que a justificação e a fundamentação dos direitos é etapa indispensável e indissociável da sua proteção” (BARRETO, 2010, p. 194)..

Noutras palavras, há de se considerar a concepção intrínseca, absoluta e inata dos direitos humanos em sua origem, no entanto, seu processo de reconhecimento nos sistemas normativos nacionais ou internacionais resulta do processo de amadurecimento histórico.

Assim como acontece com os direitos de quinta dimensão, não existe dentre os pesquisadores do direito, entendimento consolidado em relação aos direitos humanos de sexta dimensão. Alguns doutrinadores, entretanto, se manifestam citando como exemplo o direito à

11 Antonio Carlos Wolkmer lembra que existem subsídios legais que podem viabilizar fundamentos para os “novos” direitos da bioética: Código de Nuremberg (1947), Declaração de Helsinque (1964), lei brasileira da Biossegurança (n. 8.974 de 5.1.1995) e a Lei de Doação de Órgãos (n. 9.434 de 4.2.1997), além de vários projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional sobre clonagem, reprodução humana assistida e eutanásia. (WOLKMER, 2001, p. 12)

12 Ver a respeito em: WOLKMER, 2001, p. 15-16.

democracia, à informação e ao pluralismo político.

A democracia é um direito fundamental, porque o arbítrio não se imana com o regime das liberdades públicas, que se opõe à força, à brutalidade, ao abuso de poder. O direito de informação, por sua vez, é outra liberdade pública da coletividade. Não se personifica, muito menos se dirige a sujeitos determinados. Conecta-se à a liberdade de informação, porque todos, sem exceção, têm a prerrogativa de informar e de ser informado. O acesso ao conhecimento não pode ser tido como privilégio de uns, em detrimento de outros. Já o pluralismo político é a composição da sociedade pelos seus diversos segmentos, sendo outro direito fundamental de grande envergadura, no panorama das liberdades públicas (BULOS, 2014, p.531).

Por fim, digno de registro pelo aspecto inédito e avançado, cita-se o trabalho de Zulmar Fachin e Deise Marcelino Silva¹³, que defendem a ideia do direito à água potável como integrante principal de sexta dimensão. Segundo os referidos autores, a necessidade humana por água própria para consumo deve ter tratamento prioritário, sendo impostergável sua inclusão no acervo de direitos humanos.

O RECONHECIMENTO DO ACESSO À INTERNET COMO DIREITO HUMANO

Os direitos contemporaneamente considerados decorrem da evolução da história da humanidade. Neste sentido, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) editou, em junho de 2012, a Resolução A/HRC/20/L.13, denominada de Human Rights Council on Human Rights on the Internet, cujo conteúdo reconhece o acesso à Internet como direito humano. Mais precisamente, o principal organismo internacional considera que a conexão do indivíduo à rede mundial traduz desdobramento do princípio da liberdade de expressão e informação.

É notório que a Internet se tornou nos dias atuais, mecanismo essencial a permitir o exercício de direitos básicos como liberdade de expressão e opinião, nos termos da Convenção sobre Direitos Civis e Políticos. Indispensável à comunicação das pessoas, se mostra também imprescindível a realização de tarefas básicas do dia a dia. Por mais estranho que se apresente, não mais se concebe uma vida plena, sem a utilização das novas tecnologias, redes sociais, aplicativos, correios eletrônicos, etc. É por meio destes avanços que o homem moderno se perfaz.

13 FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino. *Acesso à Água Potável: Direito - Fundamental de Sexta Dimensão*. São Paulo: Millenium Editora, 2012.

O direito é fruto da sociedade e seus carecimentos, e a sociedade moderna, globalizada, exige o reconhecimento como direito essencial do homem o acesso as novas tecnologias, notadamente a Internet.

Nesse sentido, afirma Manuel Castells (2009, p. 100) que a Web “é a base da comunicação em nossas vidas, para trabalho, conexões pessoais, informações, entretenimento, serviços públicos e religião”, abrangendo, assim, todas as dimensões do humano (ética, política, artística, econômica, religiosa e científica).

A ONU não ficou alheia e essa situação fática e tratou de promover a proteção da liberdade de opinião/expressão também no âmbito virtual. Segundo seu entendimento, desconectar as pessoas, independente do motivo, é crime que atenta contra os direitos humanos. Esta circunstância reforma e redesenha a liberdade de expressão e comunicação. De acordo com Zygmunt Bauman:

Em primeiro lugar, num planeta atravessado por ‘auto-estradas da informação’, nada que acontece em alguma parte dele pode de fato, ou ao menos potencialmente, permanecer do ‘lado de direitos humanos fora’ do intelectual. Não há terra nulla, não há espaço em branco no mapa mental, não há terra nem povo desconhecidos, muito menos incognoscíveis. (2007, p. 11)

Se o mundo virtual é uma reprodução do “mundo real”, se a Internet passa a ser vista e utilizada como um meio para a propagação de conteúdos e de discursos, é necessária a proteção dos direitos fundamentais e humanos em seu ambiente.

Com a massificação do uso das novas mídias, o bloqueio indevido e o controle exagerado ou ilegal de informações afetam diretamente a liberdade de expressão. Frank Michelman (2007, p. 5) observa que a concepção material de liberdade de expressão significaria que “as oportunidades e capacidades comunicativas de alguns membros da sociedade não estão sendo injustamente oprimidas por atos e decisões, não só do Estado, mas de outros agentes da sociedade”.

Com efeito, pode-se conceber que o acesso à plataforma virtual é um direito individual, pois decorre ou é um desdobramento de outros direitos básicos do homem como desenvolvimento da personalidade, exercício da cidadania, acesso a informação, liberdade de expressão. Independente do meio - ambiente eletrônico ou não – as liberdades individuais inerentes a pessoa devem ser respeitadas. Ou seja, a transposição para a Internet, não retira a essencialidade e necessidade de proteção.

O reconhecimento do acesso à Internet pela ONU decorre também da existência de convenções internacionais que protegem o direito à liberdade de expressão e informação.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, reconhece em seu artigo 19 que todo 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”.

No mesmo norte, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos determina em seu artigo 19:

- 1.ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
- 2.Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
- 3.O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
- 4.a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- 5.b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos, 1966).

Assim, ao desconectar as pessoas, atenta-se contra os direitos humanos, especialmente no que consiste o art. 19. 3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966.

O direito à liberdade de expressão consagrado nos principais instrumentos internacionalmente de abrangência global, influenciaram outros tratados sobre o tema. Nessa trilha, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 1969, instrumento regional de proteção aos direitos do indivíduo, reafirmam em seu artigo 13 a liberdade de pensamento e de expressão, nos seguintes termos:

- 1.Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
- 2.O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:
- 3.a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- 4.b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
- 5.Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos

usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

6.A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

7.A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. (grifou-se) (CIDH. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 2015).

Reafirmando os direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos tratados internacionais de direitos humanos pertinentes, incluindo o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) editou, em 2012, a Resolução A/HRC/20/L.13, denominada de *The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet*¹⁴, que reconhece o acesso à internet como garantia à a liberdade de expressão e informação.

Em síntese, o documento internacional aduz que:

1.Os mesmos direitos que as pessoas têm offline também devem ser protegidos online, em particular a liberdade de expressão, que é aplicável independentemente de fronteiras e por qualquer meio de sua escolha, de acordo com os artigos 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

2.Reconhece a natureza global e aberta da Internet como uma força motriz para acelerar o progresso rumo ao desenvolvimento nas suas diversas formas;

3.Exorta todos os Estados a promover e facilitar o acesso à Internet e de cooperação internacional que visa o desenvolvimento dos meios de comunicação e informação e instalações de comunicações em todos os países;

4.Incentiva procedimentos especiais a tomar em conta estas questões dentro de seus mandatos existentes, conforme o caso;

5.Decide continuar a consideração da promoção, proteção e gozo dos direitos humanos, incluindo o direito à liberdade de expressão, na Internet e em outras tecnologias, bem como da forma como a Internet pode ser uma ferramenta importante para o desenvolvimento e para o exercício dos direitos humanos, de acordo com o seu programa de trabalho.¹⁵

14 São os países que se fizeram presente da Resolução: Argélia, Argentina, Austrália, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bolívia, Bósnia e Herzegovina, Brasil, Bulgária, Canadá, Chile, Costa Rica, Costa do Marfim, Croácia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Djibuti, Egito, Estónia, Finlândia, França, Geórgia, Alemanha, Grécia, Guatemala, Honduras, Hungria, Islândia, Índia, Indonésia, Irlanda, Itália, Letónia, Líbia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Maldivas, Malta, Maurítânia, México, Mônaco, Montenegro, Marrocos, Holanda, Nigéria, Noruega, Palestina, Peru, Polónia, Portugal, Qatar, República da Moldávia, República da Coreia, Roménia, Sérvia, Eslováquia, Eslovénia, Somália, Espanha, Suécia, a antiga República Jugoslava da Macedónia, Timor -Leste, Tunísia, Turquia, Ucrânia, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Estados Unidos da América e Uruguai.

15 “1. *Affirms that the same rights that people have offline must also be protected online, in particular freedom of expression, which is applicable regardless of frontiers and through any media of one’s choice, in accordance with articles 19 of the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant*

Com efeito, a Resolução consolida a ideia de que a Internet é um dos mais poderosos instrumentos do século XXI para ampliar a transparência na conduta dos poderosos, permitir o acesso à informação, facilitar a participação cívica ativa na construção de sociedades democráticas, vez que desempenha papel primordial na mobilização de populações em clames por justiça, igualdade e melhor respeito pelos direitos humanos.¹⁶

Todavia, mesmo considerando os enormes e incontáveis benefícios advindos da utilização da rede mundial, inegável que a mesma traz consigo perigos como o terrorismo, discriminações racial, religiosa e sexual, pornografia infantil, xenofobia, intolerâncias, dentre outras práticas nocivas.

A regra é a liberdade dentro do espaço virtual, porém, existem hipóteses onde o acesso pode ser reduzido ou condicionado. Entretanto, a preocupação estatal em prevenir ou diminuir a incidência dessas mazelas contemporâneas, não pode legitimar a adoção de práticas abusivas que terminem por servir de escora para a censura, prática nefasta e incompatível com os ideais democráticos modernos.

LIMITAÇÃO OU CONTROLE DO ACESSO A INTERNET PELOS ESTADOS

Se de um lado há mecanismos internacionais de proteção do homem garantem sua liberdade de pensamento e de expressão, de outro verificou-se, nos últimos anos, um boom na adoção, por parte dos governos ao redor do mundo, de tecnologia de vigilância e legislações criadas com o objetivo de amordaçar informações online.

Na China, a censura à Internet é evidente e recorrente. Para vigiar o grande número de usuários, o partido comunista gasta bilhões de dólares por ano no controle das informações que circulam pela rede. Manter blogs ou postar vídeos criticando o governo é considerado

on Civil and Political Rights; 2. Recognizes the global and open nature of the Internet as a driving force in accelerating progress towards development in its various forms; 3. Calls upon all States to promote and facilitate access to the Internet and international cooperation aimed at the development of media and information and communications facilities in all countries; 4. Encourages special procedures to take these issues into account within their existing mandates, as applicable; 5. Decides to continue its consideration of the promotion, protection and enjoyment of human rights, including the right to freedom of expression, on the Internet and in other technologies, as well as of how the Internet can be an important tool for development and for exercising human rights, in accordance with its programme of work.” (GENERAL ASSEMBLY, 2012, p. 2)

- 16 *“The Special Rapporteur believes that the Internet is one of the most powerful instruments of the 21st century for increasing transparency in the conduct of the powerful, access to information, and for facilitating active citizen participation in building democratic societies. Indeed, the recent wave of demonstrations in countries across the Middle East and North African region has shown the key role that the Internet can play in mobilizing the population to call for justice, equality, accountability and better respect for human rights.” (GENERAL ASSEMBLY, 2011, p. 4)*

crime passível de prisão. O governo controla os assuntos proibidos por meio de filtros, que encontram palavras-chave ligadas a movimentos democráticos, como “revolta”, “massacre”, “direitos humanos” ou “movimento estudantil”.

O referido país oriental opera um avançado sistema de filtragem denominado “Projeto Escudo Dourado” e conhecido como o Grande Firewall da China. O sistema pode conduzir buscas por páginas de webnovas e censurar seu acesso em tempo real. Também pode conduzir buscas de conteúdo subversivo em blogs e impedir usuários de visitá-los. Recentemente, esse Estado rejeitou as críticas da ONU sobre o projeto de lei que limita acesso à internet. Segundo o governo chinês, o projeto de lei prevê que o governo possa “limitar o acesso à internet para manter a ordem pública, especificamente quando ocorrerem eventos imprevistos de massas”, como aconteceu há seis anos na região do Xinjiang, de maioria muçulmana, quando quase 200 pessoas morreram no verão de 2009, durante conflitos étnicos que, segundo as autoridades chinesas, foram instigados através das redes sociais por organizações separatistas sediadas fora da China. Desde então, o acesso ao Facebook e ao Twitter está bloqueado no país. Procurando despolemizar essa possibilidade, um jornal do Partido Comunista Chinês (PCC) afirmou que “o corte da internet acontecerá raramente e como último recurso”, reconhecendo que essa medida “também afetará os interesses do público”. O alto-comissário da Organização das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Zeid Ra'ad al Hussein, criticou o projeto de lei, considerando-o “ambíguo” e suscetível de “apertar o controle das autoridades chinesas sobre a sociedade civil”. (AGÊNCIA BRASIL, 2016)

Todavia, não é somente a China que tradicionalmente censura o acesso da população à rede. Todos os anos, a organização Reporters Without Borders, que se dedica a promover a liberdade de expressão e a segurança para o trabalho de jornalistas, divulga um relatório com a lista de países que reprimem a liberdade de expressão pela internet, intimidam bloggers, e realizam a vigilância de seus cidadãos. Estes países são denominados de “enemies of the internet” (inimigos da internet).

No relatório publicado em 2014 demonstrou que alguns países se mantêm na lista, enquanto outros buscam caminhos para sair dela. Dois países que se destacam positivamente no relatório são Tunísia e Myanmar, ambos buscaram alternativas para não censurar a internet e a liberdade de expressão por meio dela. (REPORTERS WITHOUT BORDERS, 2014)

Na primeira categoria de países listados no relatório estão os que mais reprimem o

uso da internet com a implementação de vigilância sobre a liberdade de expressão pela web ou nos quais não foi verificado nenhum progresso nos últimos anos. São eles: Cuba, Coréia do Norte, China, Iran, Arábia Saudita, Vietnã, Belarus, Bahrain, Turcomenistão, Síria.

Outros países são destacados pelo relatório como Bangladesh, onde quatro bloggers e o secretário das ONG de direitos humanos, foram presos em 2013 sob alegação de violação da Information and Communication Technology Act de 2006, na qual as definições de crimes digitais são extremamente ampla e vaga, e inclui “publicar informação falsa, obscena ou difamar de forma eletrônica”. (REPORTERS WITHOUT BORDERS, 2014, p. 7).

A Gâmbia promoveu em 2013, alterações na principal lei que limita a liberdade de informação, a Information and Communications Act. Uma delas consiste em determinar que “difusão de notícias falsas contra o governo ou funcionários públicos” deve ser punida com até 15 anos de prisão ou uma multa equivalente a 64.000 euros. (REPORTERS WITHOUT BORDERS, 2014, p. 7).

O Vietnã dispõe em seu Código Penal (artigos 79 e 88) o crime de “infringir a segurança nacional” e “propaganda contra a República Socialista do Vietnã”, e desde 2013, prevê a restrição ao uso de blogs e redes sociais para a “divulgação” ou “compartilhamento” de informação “pessoal”, proibindo efetivamente a partilha de conteúdos relacionados com notícias ou interesse geral. (REPORTERS WITHOUT BORDERS, 2014, p. 7).

O relatório destaca também para uma relação de novos países que passaram a fazer parte da lista dos “inimigos da internet”. Esse grupo de nações composto por Rússia, Paquistão, Estados Unidos, Reino Unido, Índia e Etiópia, têm tomado medidas duras para restringir ou monitorar os cidadãos via da internet. (REPORTERS WITHOUT BORDERS, 2014)

Na Rússia, até muito recentemente, o governo não censurava diretamente a internet, preferindo empregar estratégias sutis para controlar o discurso online. A mudança ocorreu em 2012, quando se aprovou uma lei permitindo a criação de uma lista negra nacional de websites. Hoje, essa lista negra continua a crescer, enquanto o governo continua a procurar novas formas de limitar a liberdade de expressão pela web.

No Paquistão, apesar da oposição significativa no interior do país que buscam evitar a repressão, a Autoridade Paquistão Telecomunicações continua a adicionar sites à sua lista negra.

Os Estados Unidos apareceram pela primeira vez na lista do Reporters Without

Borders. Apesar de não censurar conteúdo online, o que levou o país a ser incluído na listagem foi a severa vigilância da Agência Nacional de Segurança¹⁷, inclusive em outros países.

O Reino Unido é chamado pelo Reporters Without Borders como o “campeã mundial de vigilância” por suas estratégias de espionar indivíduos em todo o mundo.

A Índia, apesar de censurar certos tipos de discurso, nunca havia sido incluída na lista do Reporters Without Borders, porém, nos últimos anos, o governo indiano promulgou novas leis para limitar o discurso online, limitando, significativamente, a liberdade de expressão.

Por fim, a Etiópia, considerado o país africano que mais tem restringido o uso da internet nos últimos anos, bloqueando serviços, sentenciando blogueiros a longas penas de prisão, e promulgação de leis para bloquear conteúdo online. Em 2014, a Electronic Frontier Foundation (EFF) entrou com uma ação acusando o governo etíope de instalação de spyware no dispositivo de um cidadão americano de origem etíope.¹⁸ Em um caso semelhante, a Privacy International apresentou uma denúncia penal alegando o uso de FinSpy no dispositivo de um residente do Reino Unido.

Alguns países como Turquia, Jordânia e Marrocos ficaram fora do índice dos “inimigos da internet” em 2014, mas deveria ter sido incluído.

Em 2013, a Turquia promulgou a legislação que impunha restrições ao uso da internet. Desde então, aproximadamente 37 mil websites foram impedidos de operar por mandatos judiciais e ordens administrativas de bloqueio. (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2014) O país tem estado sob os holofotes dos defensores dos direitos humanos, uma vez que em 2012, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos¹⁹ constatou que a Turquia violou o direito dos cidadãos e a liberdade de expressão, garantidos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, ao bloquear sites do Google.²⁰

A Jordânia, apesar dos protestos locais e oposição internacional, deu início em junho de 2013 a proibição de mais de 300 sites de notícias que recusou ou não se registrar no Departamento de Imprensa e Publicações.

No Marrocos, a prisão do jornalista Ali Anouzla em setembro de 2013 quando foi processado por “atentar contra a integridade territorial”, “apologia” e “incitação ao

17 Em meados de setembro de 2013, baseado em documentos fornecidos por Snowden à Greenwald, revelou-se que a Agência de Segurança Nacional (NSA) espionou a Petrobrás com fins de beneficiar os americanos nas transações com o Brasil.

terrorismo” após postar em seu siteLakome2 o um link de um vídeo da al-Qaeda ameaçando a segurança de Marrocos, e que havia sido publicado no site espanhol El País. Tal fato denunciou a fragilidades na garantia à liberdade de imprensa naquele país, e despertou a atenção organização Reporters Without Borders. (REPORTERS WITHOUT BORDERS, 2014)

Na Bielorrússia, entrou em vigor em 2012 uma nova legislação sobre a internet, que restringe o acesso a sites catalogados em uma lista. A justificativa da lei é impedir o acesso a sítios de caráter pornográfico, violento ou extremista.

Os opositores do presidente Alexandre Lukashenko, considerado pela União Europeia o último ditador do Velho Continente, afirmam tratar-se de uma manobra para controlar os dissidentes. Os fornecedores de acesso à internet, os cybercafés e todos os locais de acesso público à internet vão ter de registrar os dados relativos aos seus clientes e de os conservar durante um ano. (EURONEWS, 2012)

Os países, em sua grande maioria, alegam ordem pública, como segurança nacional e proteção do próprio indivíduo, para a adoção de medidas limitadoras ou proibitivas do uso do espaço virtual em seus territórios.

Ao mesmo tempo em que o acesso à internet traduz um direito humano moderno, o seu exercício poderá colidir com outros direitos já existentes e que possuem a mesma equivalência valorativa. Estar-se-á então, diante de um caso típico de colisão de direitos humanos fundamentais, onde a resposta mais acertada dependerá do utilização da técnica da ponderação.

18 Um cidadão americano que vive em Maryland, Estados Unidos, processou o governo etíope por infectar seu computador com *spyware* secreto, monitorando toda a sua família por meses. (ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, 2015)

19 O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos foi criado em Estrasburgo pelos Estados membros do Conselho da Europa em 1959 para lidar com as alegadas de violações da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950.

20 O caso “Ahmet Yildirim c. Turquia” diz respeito a decisão de um tribunal de bloquear o acesso ao “Google Sites” que hospedava um site cujo dono era acusado em uma ação penal por insultar a memória de Atatürk. Esta ação de bloqueio teve o efeito de impedir igualmente o acesso a todos os outros sites hospedados pelo servidor. O Tribunal observou que a justiça turca, antes de banir o serviço de hospedagem, deveria ter verificado se não existiam outras maneiras de impedir o acesso apenas ao site ofensor, ou ter consultado a Google e avisado sobre o conteúdo que a empresa estava hospedando, o que não foi feito. Por conta da violação, o Tribunal Europeu determinou à Turquia o pagamento de 7,5 mil euros (cerca de R\$ 20 mil) de indenização por danos morais para o usuário que reclamou. (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME, 2012)

A LEGITIMIDADE DOS ATOS ESTATAIS QUE RESTRINGEM O ACESSO À INTERNET

Conforme salientado acima, a celeuma sobre a restrição do acesso à rede mundial de computadores envolve conflito de direitos fundamentais, cuja equação não possui fórmula mágica matematizante. De forma mais direta, não existe solução pronta para o problema. Não se resolve por subsunção. A resposta adequada, diante da inexistência de hierarquia de valores no plano abstrato, advém da técnica da ponderação ou sopesamento.

A ponderação pode e deve ser estruturada em três etapas, sendo as duas primeiras de preparação e a terceira, a ponderação propriamente dita. A primeira consiste na identificação das normas colidentes e seu agrupamento conforme a direção para a qual apontam. Em seguida, devem ser analisadas as circunstâncias do caso concreto, bem como suas repercussões. Após essas duas etapas preparatórias, deve-se atribuir o peso relativo aos elementos sob choque e estabelecer a intensidade da preferência de cada grupo de normas (BARCELLOS, 2005, p. 93).

Por possuírem posição equivalente na escala valorativa constitucional, somente diante das circunstâncias específicas da ação examinada será possível verificar o peso de cada princípio envolvido e a intensidade de sua preferência. Essa relação, porém, é condicionada a condições diversas. Assim, o resultado pode ser diferente em situações englobando os mesmos direitos. Isso ocorre em razão do caráter diferenciado dos princípios (mandamentos de otimização), entre os quais não existe uma relação absoluta de preferência e cujas ações e situações às quais se referem não são passíveis de quantificação (dimoulis; MARTINS, 2011, p. 167).

Ao propor a utilização da teoria dos princípios como a melhor forma de solucionar as colisões de direitos fundamentais, Alexy esclarece que o sopesamento pode ser formulado com o seguinte enunciado: “[...] quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”. De acordo com o jusfilósofo alemão, a ponderação propriamente dita se desenvolve em três planos: (1) definição da intensidade da intervenção; (2) análise da importância dos fundamentos justificadores da intervenção; e (3) realização da ponderação em sentido restrito (ALEXY apud dimoulis; MARTINS, 2011, p. 168).

A doutrina socorre-se, então, do método de ponderação de bens ou interesses, no qual o operador do direito examinará a hipótese apresentada, identificando os princípios em atrito,

e posteriormente escolherá qual terá mais peso e deverá obter vantagem no caso. Neste ponto insere-se a grande questão do sopesamento: invariavelmente uma norma constitucional será descumprida. O julgador deverá decidir qual norma “vale menos” e essa restrição somente poderá ser admitida se for proporcional. Deve-se indagar, dessa maneira, não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade (Mendes; Branco, 2015, p. 330).

Como invariavelmente uma norma constitucional será preterida, o hermeneuta deverá decidir, no caso que lhe for levado à apreciação, qual lei fundamental vale menos. Diante da gravidade e importância da escolha – afastamento de um princípio constitucional – a restrição somente será legítima (adequada, necessária e proporcional), e por conseguinte, justa, se for pautada em consonância com o princípio da proporcionalidade.

O juízo de ponderação une-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a resolução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução (MENDES; BRANCO, 2015, p. 263). Opera-se então, a proporcionalidade como uma estrutura complexa de raciocínio jurídico, cujo sentido é delimitado por metanormas (normas que tratam da aplicação de outras normas) mais concretas e específicas (BUSTAMANTE, 2005, p. 247).

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade, conhecido por limite dos limites, atua como ferramenta indispensável para impingir a legitimidade e a adequação das normas com os ditames da justiça e da razão. Todavia, o exercício do referido método interpretativo não pode ser realizado de forma crua, pouco elaborada e com base em critérios subjetivos. O referido postulado possui dimensões que condicionam a sua aplicação, e eliminam o perigo da subjetividade. Essas dimensões são concretizadas através da observação dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Visando aprimorar e definir critérios para o sopesamento de valores, a doutrina jurídica estabelece a existência de três elementos ou subprincípios do princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Luiz Virgílio Afonso da Silva, ao se referir à desnecessidade de análise acumulativa dos três subprincípios, advertiu que:

A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2002, p.12).

Por adequação entende-se que devem ser utilizadas medidas apropriadas para alcançar a finalidade prevista no mandamento. Deve-se perguntar se o meio escolhido foi pertinente para atingir o resultado almejado. Se não, desrespeitou-se o princípio da proporcionalidade e a escolha não poderá obter guarida do Poder Judiciário. Exige-se assim, que a opção adotada seja apta a alcançar os objetivos pretendidos. O aplicador da norma examinará se o meio é “simplesmente inadequado”, “objetivamente inadequado”, “manifestamente inadequado ou desnecessário”, “fundamentalmente inadequado, ou se “com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 332).

Em relação ao segundo subprincípio, a necessidade, exige-se que a decisão escolhida seja a que produz menor prejuízo para o cidadão e para a coletividade. Não podendo ser excessiva, nem tampouco insuficiente. Nem de mais, nem de menos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele, a um só tempo, adequada e menos onerosa (MENDES; BRANCO, 2015, p. 333). Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido (SILVA, 2002). Logo, será desnecessária a conduta que desconsiderou outro meio menos prejudicial de solucionar o caso.

Assim sendo, forçoso concluir que, ainda que uma medida que limite um direito humano fundamental seja adequada e necessária para promover outro valor, isso não demonstra, por si só, que ela deve ser considerada como proporcional. Necessário é esse

terceiro e derradeiro exame, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito atingido e a importância da realização do direito que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

Portanto, vislumbra-se que a proporcionalidade em sentido estrito está conectada intimamente e intensamente à técnica da ponderação, e a ação produzida deve trazer a noção de justa medida, sendo que os caminhos percorridos tenham razoável correlação com o objetivo pretendido, permitindo assim, um equilíbrio entre os valores afetados.

Destarte, pode-se concluir que, em que pese determinação da ONU para se evitar, em qualquer caso, a restrição de acesso à Internet, este direito humano do cidadão poderá sim ser minimizado legitimamente, se a limitação ocorrer para salvaguardar outro direito fundamental considerado, após aplicação da técnica da ponderação, de maior peso na hipótese concreta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da humanização e internacionalização inauguradas em 1948 pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, a proteção dos direitos humanos ocupa reconhecidamente posição central na agenda internacional nesta passagem de século e permitindo maior valorização das pessoas. Os múltiplos instrumentos internacionais revelam uma unidade fundamental de concepção e propósito, partindo da premissa de que os direitos protegidos são inerentes a todos os seres humanos, sendo anteriores e superiores ao Estado e a todas as formas de organização política, sendo que os diversos momentos e movimentos da história contribuíram para a promoção e proteção dos direitos do homem ao longo dos anos.

A evolução histórica dos direitos humanos chega a era tecnológica, onde as garantias tradicionais do cidadão são refletidas para o ambiente virtual. O acesso à Internet, nos tempos atuais, é considerado um direito humano, vez que a pessoa depende cada vez mais da rede mundial para exercitar com plenitude alguns de seus interesses mais básicos como informação, liberdade de expressão, cultura, lazer, dentre outros. A relevância da pauta fez com que a ONU, por meio do seu Conselho de Direitos Humanos, editasse em 2012, a Resolução A/HRC/20/L.13, que reconhece a conexão à Web como direito fundamental e considera que qualquer ação que tenha por objetivo privar a pessoa de acessar a rede mundial será considerada com ofensiva aos direitos básicos do homem.

Numa posição diametralmente inversa, os Estados soberanos entendem que a vida virtual do cidadão poderá sim ser monitorada, se suas condutas colocarem em risco outros

interesses igualmente protegidos como segurança nacional e proteção do próprio indivíduo.

O artigo prometeu uma reflexão sobre a legitimidade dos atos normativos internacionais que restringem o acesso à Internet, mais precisamente buscou verificar se limitar a conexão do indivíduo à rede mundial de computadores afronta o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos de 1966.

Para honrar o compromisso assumido, a primeira parte do estudo destinou-se a apresentar a evolução dos direitos humanos, destacando a classificação histórica em gerações ou dimensões. Comprovou-se que os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem tampouco de uma vez por todas. Ao revés, surgem no decorrer dos tempos de acordo com os carecimentos da sociedade. Hoje, face à revolução tecnológica perpetrada, a sociedade contemporânea necessita de normas que protejam e garantam o ingresso do cidadão ao espaço virtual.

Num segundo instante, o artigo trouxe à baila a posição da ONU que considera o acesso do cidadão à Internet como direito humano, pois, entende que essa prerrogativa traduz desdobramento do princípio da liberdade de expressão e informação. Constatou-se que o mencionado organismo internacional enxerga a restrição, independente da forma como se dê, com ofensa aos preceitos fundamentais da pessoa.

Posteriormente, na terceira etapa, o trabalho apresentou normas estrangeiras que controlam a conexão. Vieram à lume dispositivos legais editados pelo mundo que têm como objetivo comum amordaçar ou ocultar informações online. Escorados em temas de relevância extrema, como segurança nacional, combate a pedofilia e pornografia infantil, prevenção do racismo, os governos produzem leis que monitoram o cidadão no ambiente virtual.

A pergunta central era se as normas que restringem o acesso à Internet são legítimas ou ofendem o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos no tocante a liberdade de expressão e informação? A resposta veio na quarta parte do artigo. Apontando a técnica da ponderação - mecanismo de decisão jurídica a ser utilizados para decidir casos difíceis, envolvendo direitos fundamentais, onde a subsunção se mostre insuficiente – concluiu-se que o direito humano de acesso a Web, assim como os demais direitos desse naipe, não é absoluto, e por consequência, seu exercício está sujeito a limites. Embora a ONU determine que se evite, em qualquer caso, a restrição de acesso à Internet, esse direito do cidadão poderá sim ser minimizado legitimamente, se a limitação ocorrer para salvaguardar outro direito fundamental considerado, após o balanceamento, de maior peso na hipótese concreta. Logo, a norma

estrangeira será legítima se a restrição for razoável e fundamentada na proteção de outros valores constitucionais. De igual forma, não haverá ofensa ao Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, se a limitação contida na lei for necessária, adequada e proporcional. Em arremate, não se pode generalizar e considerar toda e qualquer limitação como ofensiva e inaceitável, vez que, a relativização do acesso poderá extraordinariamente ocorrer se racionalmente justificada.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. China rejeita críticas da ONU a projeto de lei que limita acesso à internet. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/>>. Acesso em: 20.mar.2016.

ARON, Raymond. Duas declarações de direitos. In: GROCE, Benedetto; CARR, Edward Hallett; ARON, Raymond. Declarações de direitos. Ed. atual. e rev. por EaD/CEE/MCT, 2. ed. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002, p. 27-47.

BARRETO, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. Tempos Líquidos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 18. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

CASTELLS, Manuel. Communication Power. New York: Oxford University Press, 2009.

CIDH. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.cidh.org/>>. Acesso em: 25 set. 2015.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Ahmet Yildirim c. Turquie (Requête n. 3111/10). Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115401#{"itemid":\["001-115401"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115401#{)>. Publicado em: 18 dez. 2012. Acesso em: 07.mar.2016.

ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION. Kidane v. Ethiopia. Disponível em: <<https://www EFF.org/document/complaint-32>>. Publicado em: 15 jul. 2015. Acesso em: 07.mar.2016.

EURONEWS. Bielorrússia: Lei para controlar acesso à internet entra em vigor. Disponível em: <<http://pt.euronews.com/2012/01/06/bielorrussia-lei-para-controlar-acesso-a-internet-entra-em-vigor/>>. Publicado em: 06 jan. 2012. Acesso em: 10.mar.2016.

GENERAL ASSEMBLY. The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet, 29 Jun 2012. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G12/147/10/PDF/G1214710.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 10.mar.2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teses sobre direitos fundamentais, princípios jurídicos e estado democrático de direito. In: ALMEIDA FILHO, Agassis de; CRUZ, Danielle da Rocha (Coords.). Estado de Direito e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010.

MICHELMAN, Frank. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. In: SARLET, Ingo. Wolfgang (org). Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos, 1966. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Turquia: Nova lei de Internet preocupa escritório de direitos humanos da ONU. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/turquia-nova-lei-de-internet-preocupa-escritorio-de-direitos-humanos-da-onu/>>. Publicado em: 14 fev. 2014. Acesso em: 10.mar.2016.

PLANALTO. Carta das Nações Unidas, 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

PRIVACY INTERNATIONAL. Surveillance follows Ethiopian political refugee to the UK. Disponível em: <<https://www.privacyinternational.org/node/416>>. Publicado em: 16 fev. 2014. Acesso em: 07.mar.2016.

SALMON, Jean. Dictionnaire de droit international public. Bruxlles: Bruylant, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8ª edição. Livraria do advogado. Porto Alegre, 2007.

_____, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria Geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2001.

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO À SAÚDE: UM DEBATE ACERCA DA LEGITIMIDADE, LIMITES DE ATUAÇÃO E IMPACTOS DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE

Larissa da SILVEIRA¹
Jalison de Souza MANTOVANELI²

RESUMO

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, um extenso rol de direitos sociais foi incluído como garantias fundamentais de todo cidadão brasileiro, atribuindo ao Estado, por meio de seus poderes intrínsecos, a responsabilidade de consumir tais prerrogativas. Dessa forma, a constitucionalização do direito à saúde, atribui a responsabilidade ao Poder Executivo de efetivá-lo por meio de políticas públicas, gerando a possibilidade de exigí-lo perante o Estado-Juiz quando do seu descumprimento ou omissão dos administradores públicos dos entes federativos, ampliando o fenômeno da judicialização e implicando, muitas vezes, em uma postura proativa por parte do Judiciário. O presente artigo busca realizar uma análise crítica sobre o Ativismo Judicial no controle de políticas públicas, avaliando as consequências dessa postura perante a efetivação do direito constitucional à saúde. Para tanto, examinou-se se há legitimidade na atuação ativista do judiciário para a concretização do direito fundamental à saúde e os limites de sua competência diante da tripartição dos poderes. Ademais, considerou-se a necessidade de observar o orçamento público e a reserva do possível, sem, contudo, prejudicar a garantia do mínimo existencial à população, defendendo-se a utilização da razoabilidade do Poder Judiciário na busca da máxima efetivação dos direitos sociais e, especificamente, do direito à saúde, essencial para assegurar a dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos sociais; Tripartição de Poderes; Mínimo existencial; Reserva do Possível; Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

From the enactment of the federal constitution of 1988, an extensive list of social rights was included as fundamental guarantees of every Brazilian citizen, attributing to the State, through its intrinsic powers, the responsibility of consummating such prerogatives. Thus, to constitutionalize the right to health, assigns responsibility to the executive power to accomplish it through public policy, creating the possibility to demand it before the State-Judge when the noncompliance or omission of public officials of the federative entities, increasing the phenomenon of judicialization and implying often in a proactive approach by the judiciary. This article seeks to make a critical analysis about the Judicial Activism in control of public policy, evaluating the consequences of this attitude towards the realization of the constitutional right to health. Therefore, was examined if there is legitimacy in acting judicial activist for the realization of the fundamental right to health and and the limits of its competence on the tripartite of powers. Moreover, it was considered the need to respect the public budget and the possible reserve, without prejudice to guarantee of the

1 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, Brasil.

2 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná cursando atualmente o terceiro ano. Possui em andamento pesquisa acadêmica voltada para a área de jurisdição constitucional.

existential minimum for the population, defending the use of the reasonability Judiciary Power in search of maximum effectiveness of social rights and, specifically, the right to health, essential to ensure the dignity of the human person.

KEY-WORDS: Social rights; Tripartite of powers; Existential minimum; Possible Reserve; Dignity of human person.

INTRODUÇÃO

A divisão de poderes é um princípio fundamental do ordenamento constitucional brasileiro. A Constituição Federal em seu art. 2º estabelece: “São poderes da união, independentes e harmônicos entre si, o executivo, o legislativo e o judiciário” havendo, portanto, a divisão dos poderes, competindo a cada um determinadas funções, sendo independentes e harmônicos entre si e estabelecendo formas de fiscalização recíproca dos poderes estatais.

O Título IV, também da Constituição Federal, trata da organização dos poderes, sendo observado que além de estabelecer os institutos de cada um dos poderes apresenta também suas respectivas competências. Mas cabe aqui primeiramente observar a atuação dos poderes legislativo e executivo, poderes estes dotados de representação política que tem como atribuições básicas atender os anseios sociais.

É de notório saber que a Constituição Federal de 1988 assegura um amplo rol de direitos fundamentais a ser aplicados em nossa sociedade, competindo aos poderes públicos promover mediante políticas sociais e econômicas a efetivação destes. Os representados políticos, almejando melhores condições de vida, elegem seus candidatos para atenderem suas reivindicações sociais, cabendo ao poder legislativo e executivo, em suas respectivas competências, prover aos seus cidadãos leis que normatizem os direitos basilares e garantir a estes o cumprimento a partir de uma administração eficiente.

A reivindicação social que será desenvolvido no decorrer do presente trabalho é o direito fundamental à saúde, o qual é de inegável importância visto seu caráter universal, inafastável e de, sem dúvida, essencial valor a uma vida digna. Esse direito deverá ser promovido pelo Estado mediante políticas sociais e econômicas, nos termos do art. 196 da Constituição Federal. E no que diz respeito aos recursos para a promoção deste direito dar-se-á por meio dos orçamentos da seguridade social de cada ente da Federação, conforme determina o § 1º do art. 198 da Constituição Federal.

Competindo aos poderes eleitos pelo povo a função de concretizar os preceitos garantidores desse direito constitucional em prol da sociedade, cabe á eles implementarem da forma mais eficiente possível a adequada alocação dos recursos públicos para propiciar sua prestação á coletividade. Porém, tais poderes não vêm atuando como deveriam, seja pela falta ou ineficiência na administração de recursos públicos, ou mesmo pela falta de sabedoria na aplicação de bens fundamentais que se encontram mais escassos, cabendo nas duas últimas hipóteses a interferência judicial para sanar eventual má utilização ou mesmo para priorizar o direito ora citado em detrimento de outros também necessários.

A atuação do poder judiciário para efetivar as políticas públicas na área da saúde é um fenômeno crescente no Brasil, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988. A interferência judicial na competência do legislativo e executivo com esse objetivo visa suprir as lacunas deixadas para garantir ao corpo social a prestação de um adequado tratamento pelo sistema único de saúde, pelo fornecimento de remédios, enfim, garantir as diversas vertentes que serão desenvolvidas no decorrer do trabalho.

O artigo visa observar a partir de uma análise sistemática o fenômeno da judicialização das políticas públicas na área da saúde, buscando sua legitimação, limites e consequências, bem como os impactos da postura ativista do poder judiciário frente a esse direito fundamental.

A elaboração se fundamentou através de pesquisas bibliográficas, em livros, artigos, dissertações, códigos, periódicos e internet, que permitiram a construção de uma vasta exploração do assunto, sem necessariamente esgotá-lo.

Utilizou-se do método comparativo no que se refere à compreensão das peculiaridades de assuntos semelhantes, por exemplo, na diferenciação da noção de ativismo judicial e judicialização, assim como a análise histórica do desenvolvimento da atuação do Poder Judiciário, da aderência à separação dos poderes no Brasil e nas alterações das características teóricas dos principais conceitos abordados.

GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE

Preliminarmente vale destacar que a Constituição Federal de 1988 consagra um amplo rol de direitos sociais a ser aplicada em nossa sociedade, sendo o direito à saúde introduzido nesta categoria. Esse direito fundamental é algo inédito na história constitucional brasileira, visto que a Carta Magna de 1988 é a primeira a abordar expressamente tal garantia,

enquanto as anteriores apresentavam de forma genérica e com disposições esparsas a questão, a exemplo da Constituição de 1824, que fazia referência à garantia de “socorros públicos” (art. 179, XXXI).

O direito à saúde, assim como a educação, a alimentação, o trabalho, a previdência social, entre outros, são peculiaridades dos direitos de segunda dimensão, promovidos pelo Estado mediante políticas sociais e econômicas que propiciem condições de uma vida digna e oportuna a todo o corpo social. Encontram respaldo jurídico no título II de nossa Constituição Federal, sendo outorgados e conhecidos como direitos fundamentais sociais previstos no artigo 6º.

Os referidos direitos sociais apresentam aplicação imediata, entretanto, de acordo com as lições do professor José Afonso da Silva, ao observá-los à luz do artigo 5º §1º, mesmo sendo de aplicação imediata, tais direitos dependem de providências ulteriores, uma vez que precisam de leis integradoras que complementem e regulem o exposto na Carta constitucional, sendo, portanto, normas de eficácia limitada e aplicabilidade indireta (SILVA, 2007, p. 408).

Além de constar o direito à saúde no artigo 6º de nossa Carta Política como um direito fundamental social é de notório saber que este se apresenta em outros dispositivos do presente texto, como no Título da Ordem Social (VIII), onde consta no capítulo que trata da Seguridade Social, nos artigos 196 a 200. E não é por menos que este bem se encontre descrito em vários artigos da Constituição Federal, visto a complexidade do assunto que envolve diversas vertentes, como menciona o artigo 196 que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. (Constituição Federal, 1988, artigo 196)

Assim sendo, pela redação do dispositivo citado, pode-se entender que este direito é garantido a todos os indivíduos independentemente de condição social e financeira e, ainda, que compete ao Estado buscar meios de programar políticas sociais e econômicas que formulem políticas públicas de prestação positiva, como a erradicação de doenças e a distribuição de remédios essenciais para a recuperação de pacientes, podendo assim buscar a efetivação deste direito.

Sendo dever do Estado o de garantir ao corpo social o direito ora apresentado, cabe a ele, diante das normas programáticas estabelecidas, concretizá-las. Notoriamente, não é uma tarefa fácil, visto ser necessário um esforço conjunto da sociedade com recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme o caput do artigo 195

da Constituição Federal que preleciona: “A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (...)”.

Como forma de conciliar os recursos da seguridade social para a saúde, financiada por todos os entes federativos, bem como através da sociedade, o artigo 198, caput, da Constituição da República e seu §1º mostra como será planejado os recursos e seus regulamentos. Assim sendo:

As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado com as seguintes diretrizes: (...)

1º o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Constituição Federal, 1988, artigo 198)

O Sistema Único de Saúde é a instituição criada para organizar e cumprir os direitos e garantias previstos nos artigos supracitados, sendo de suma importância o seu bom funcionamento, pois lhe compete prover atividades preventivas, assistenciais, controlar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde, produção de medicamentos, fiscalizar e inspecionar alimentos, dentre outras atribuições.

Para o funcionamento do órgão ora apresentado é necessário a gestão conjunta dos entes federativos, articulando e planejando suas respectivas receitas, de acordo com os preceitos estabelecidos na seguridade social, no artigo 198, caput e seu § 2º da Constituição Federal. Competindo a todos os entes federativos promover e aplicar parcela de seus recursos orçamentários em prol do Sistema Único de Saúde, amparado pela seguridade social, bem como zelar pelo cumprimento das obrigações que lhes são pertinentes, no caso, garantir que as atividades preventivas, assistenciais e fiscalizadoras sejam aplicadas da melhor forma possível.

O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DA SAÚDE

A Carta Política buscou garantir em seu texto o acesso universal e igualitário ao direito à saúde, cabendo ao Estado promover ações que culminassem com a mais efetiva proteção e assistência à sua população. E no que diz respeito às atividades legislativas de regulamentação e organização de políticas públicas pode-se dizer que as atividades até agora cumpridas e as que estão por vir são promissoras e um tanto quanto ambiciosas.

Inegavelmente, a prestação social por parte do Estado ao oferecer uma assistência de

qualidade, como o fornecimento de remédios isentos de custas, ou mesmo, prestando ações preventivas que desenvolvam propagandas televisivas de cunho informativo de prevenção de doenças, e, além disso, propiciando o atendimento de pacientes para a sua mais completa recuperação é extremamente onerosa aos cofres públicos.

Não obstante, embora o Estado brasileiro busque cumprir as ações citadas é sabido que ainda assim o sistema de saúde brasileiro está longe de ser o ideal para a população, uma vez que mesmo havendo a alocação de recursos públicos de todos os entes federativos ainda assim é escassa se comparada a países de primeiro mundo.

Além disso, há um desafio ao poder estatal quando este se depara com o pedido de tratamentos de saúde e fornecimento de remédios não presentes para o fornecimento imediato pelo Sistema Único de Saúde, os quais em muitos casos são excessivamente onerosos ao orçamento público, corroborando com a eventual negativa de prestação por parte da administração competente.

A partir do momento em que o indivíduo teve seu direito fundamental a saúde violado devido à negligência da administração pública com a busca de tratamento deste, cabe a ele buscar a tutela judicial, a “(...) última trincheira de defesa dos direitos fundamentais (...)” (CUNHA JR. 2008. p. 227) para concretizar o que dispõe na carta constitucional e solucionar o presente conflito. Sendo uma tendência contemporânea recorrer à via judicial quando da ausência de determinado medicamento que deveria ser fornecido pelo Estado, mas não está ou mesmo para garantir algum que ainda não foi tachado pelo Ministério da Saúde.

Não seria aqui correto dizer que o judiciário estaria saindo de sua esfera de competência ou mesmo que estaria impondo sua decisão em afronta aos demais poderes estatais para garantir ao corpo social um bem indisponível, mas sim que este estaria agindo amparado pelo texto constitucional para promover o interesse do povo e suprir as lacunas deixadas pelo executivo e legislativo, nas palavras dos doutrinadores Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Cabe ao Judiciário a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados de violência (art. 5º, XXXV, CF). A defesa dos direitos fundamentais é da essência da sua função. Os tribunais detêm a prerrogativa de controlar os atos dos demais Poderes, com o que definem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo constituinte. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 154).

A atuação do judiciário como poder interveniente que busca defender e efetivar as políticas públicas na área da saúde, assim como nos demais direitos fundamentais, esbarra em algumas questões que encontram um descompasso em relação a essa nova tendência proativa

do judiciário a exemplo dos princípios da reserva do possível e da separação de poderes.

O princípio da reserva do possível seria a resposta do Estado diante de uma pretensão judicial que culminaria com gastos orçamentários não previstos e em consonância com a escassez de recursos públicos. Assim sendo, a implantação e implementação de políticas públicas se daria com base na conveniência e oportunidade do Poder Público, pois este enfrenta o desafio de selecionar as demandas sociais que serão atendidas. Com o brilhantismo que lhe é peculiar, Edinilson Donisete Machado, explica o óbice derivado desta discricionariedade:

Na realização das opções políticas constantes na lei fundamental é necessário que Poderes constituídos façam escolhas. Uma opção política dar-se-á em detrimento de outra opção política. (...) Em uma sociedade aberta, em que haja pluralidade de visões de mundo, e, por outro lado, em que os recursos são escassos, fazer escolhas públicas é algo difícil. (MACHADO, 2012, p. 42-43)

Embora seja competência dos poderes constituídos escolher e aplicar um bem fundamental em detrimento de outro é consenso que estes não têm cumprido adequadamente seu papel, acabando por escolher um direito fundamental que não é tão vital em comparação a outro que sendo mais oneroso aos cofres público se encontra escasso. É, portanto, justificável que caberia uma intervenção judiciária para intervir e determinar a efetivação de políticas públicas amparadas em normas programáticas de direitos fundamentais basilares, uma vez que são objetivos maiores a serem preservados por nossa Constituição Federal.

Quanto ao princípio da separação de poderes pode-se dizer que, teoricamente, a intervenção judiciária na efetivação dos direitos fundamentais seria uma invasão na esfera de competência dos demais poderes, havendo assim um desequilíbrio na tripartição de funções. Mas vale aqui destacar que a divisão de poderes no Estado contemporâneo não possui mais a rigidez formulada pelos filósofos iluministas como Montesquieu, havendo assim uma ampliação das atividades do Estado e tornando mais flexível as relações entre os poderes (SILVA, 2008, p. 113).

Os poderes eleitos pelo povo como o executivo e o legislativo devem fornecer garantias à sociedade por meio de uma administração exemplar dos recursos públicos e leis que protejam seus cidadãos e, além disso, efetivar um rol de direitos fundamentais previstos na Constituição, principalmente por meio de políticas públicas. Surgindo, porém, abusos, ineficiência ou mesmo omissão desses poderes, a atuação judicial justificar-se-ia para sanar eventuais irregularidades.

Havendo, portanto, um espaço maior para a atuação do judiciário, não por

intervenção demasiada como a postura ativista, evidentemente quando não necessária, haja vista as condições que devam ser sopesadas, seriam prejudiciais às instituições democráticas os seus excessos. Mas levando em consideração as brechas deixadas principalmente pelo poder executivo quando aloca equivocadamente recursos ou cria normas programáticas a serem aplicadas que não coincide com as necessidades de seus representados, a intervenção do poder jurisdicional faz-se justificada.

LEGITIMIDADE E PARÂMETROS DO ATIVISMO JUDICIAL

O fenômeno do ativismo judicial se caracteriza pela participação ampla e intensa do Poder Judiciário, que tem se pronunciado sobre temas polêmicos no cenário nacional, como a implementação de políticas públicas ou questões de largo alcance político, dividindo opiniões favoráveis e reprováveis na sociedade.

Não apenas as decisões, mas a própria postura ativista tem gerado grandes debates acerca de sua legitimidade, uma vez que o Judiciário, assim como os demais poderes intrínsecos ao Estado, está sujeito a certos limites de exercício pela tripartição dos poderes e o sistema de pesos e contrapesos.

Essa divisão está prevista no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil e tem sua razão de ser, explicitada nas palavras de Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito. A divisão sobre o critério funcional, a celebre ‘separação de Poderes’, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si (...). (MORAES, 2003, p. 369)

Como visto, atualmente, tem-se de forma clara que a divisão de poderes se trata, na verdade, de uma repartição das funções do Estado, pois o poder deste é uno e indivisível. Além disso, está consolidado o entendimento de que a doutrina da tripartição de poderes não se manteve em sua forma pura, tal como se firmou com os ensinamentos de Montesquieu, sofrendo “variações durante o transcurso do tempo, tanto pela evolução da sociedade, como pela necessidade de se adequar o sistema político às novas realidades sociais e econômicas mundiais” (TAVARES, 2011, p. 65), uma vez que cada poder interfere na esfera do outro em maior ou menor medida, possuindo uma função típica, bem como funções atípicas, próprias

dos órgãos distintos.

Ainda assim, pelo fato de mesmo estas funções atípicas serem permitidas pelo ordenamento jurídico para garantir autonomia aos agentes estatais, persiste a finalidade dessa descentralização do poder, que seria a garantia de liberdade aos indivíduos e a eficiência na atuação estatal, sendo uma característica fundamental do Estado Democrático (DALLARI, 2013, p. 215).

A preocupação recai sobre a possível invasão das funções legislativas e administrativas pelo Poder Judiciário, o qual acabaria se sobrepondo aos demais poderes e perturbando o equilíbrio do sistema de pesos e contrapesos.

Assim, observa-se a relevância da análise dos limites de atuação dos poderes estatais para delimitar até que ponto ela se dá dentro da concepção atual de separação de poderes e não usurpa as funções alheias, uma vez que tem sido alvo de diversas críticas, as quais podem ser consideradas até mesmo previsíveis, em razão da chamada dificuldade contramajoritária que o Poder Judiciário enfrenta por não ser um órgão eletivo, distinto do Legislativo e Executivo, que são escolhidos pela população por meio do voto e, ao menos teoricamente, representam o povo e a vontade da maioria.

A justificativa majoritariamente apresentada para a progressiva adoção de uma postura ativista pelo Judiciário tem sido a de que os demais poderes não têm atendido as demandas sociais elencadas na Constituição Federal, se isentando de suas funções, de forma que o Judiciário, por sua vez, não pode se omitir frente às questões levadas ao seu crivo.

Em busca de maior elucidação sobre essa problemática, Marco Aurélio Romagnoli Tavares explica com perspicuidade:

(...) diante da clara impossibilidade da existência de vácuo de poder, decorrente diretamente de um legislativo inoperante, dominado por escândalos de corrupção, bem como de um executivo anabolizado, que busca dominar politicamente todas as esferas de poder. Surge a figura protagonista dos tribunais e de magistrados que aos poucos buscam limitar os excessos praticados pelas administrações, assim como suprir a ausência de definições legislativas que deveriam acompanhar os avanços econômicos, sociais e científicos. (TAVARES, 2011, p. 105)

No que se refere ao Supremo Tribunal Federal, essa atuação se mostra ainda mais clara, uma vez que cabe a este zelar pelo cumprimento dos preceitos constitucionais, de forma que posturas ativistas em seu âmbito têm sido mais frequentes, como no caso em que determinam ao Poder Executivo o fornecimento de medicamentos à população carente, pois haveria uma necessidade de atuação perante o descumprimento dos demais órgãos do Estado de suas funções.

O Ministro Celso de Mello, em seu discurso na posse do Ministro Gilmar Mendes como Presidente do Supremo, expôs a necessidade da postura ativista:

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. (MELLO, 2012)

Importante esclarecer que a concepção de ativismo judicial como extrapolação das funções jurisdicionais descritas no ordenamento jurídico é apenas o entendimento mais corrente, mas não o único. Sobre essa perspectiva, Elival da Silva Ramos elucida:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. (RAMOS, 2010, p. 129)

Como dito, há uma divergência quanto ao próprio conceito de ativismo judicial, em razão de sua complexidade, sendo importante ressaltar que o fenômeno não é exclusivo da nossa jurisdição, mas ocorre em âmbito mundial em intensidade variada.

Assim, na conceituação supracitada, o ativismo revela-se como uma ameaça ao princípio da separação dos poderes, mas há quem entenda o ativismo como a não aplicação de precedentes ou como a atividade de criação do direito pelos juízes, os quais exerceriam uma função típica do legislador (VALLE, 2009, p. 23).

Carlos Alexandre de Azevedo Campos, em seu denso estudo sobre o tema, defende o fim desta indeterminação conceitual para que seja possível fixar critérios adequados para a sua identificação e avaliação, definindo o ativismo judicial como um fenômeno multidimensional:

A complexidade do ativismo judicial revela-se, particularmente, na forma como se manifestam as decisões ativistas. Essas decisões apresentam diferentes dimensões, e não apenas forma única de manifestação, o que significa dizer que o ativismo judicial consiste em práticas decisórias, em geral, multifacetadas e, portanto, insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação. Há múltiplos indicadores do ativismo judicial como a interpretação expansiva dos textos constitucionais, a falta de deferência institucional aos outros poderes de governo, a

criação judicial de normas gerais e abstratas, etc. Assumir esta perspectiva transforma a identificação do ativismo judicial em uma empreitada mais completa e segura. A noção de multiplicidade de manifestações de ativismo judicial é uma complexidade inerente às decisões cruciais que deve ser assumida e trabalhada como fator positivo para a cognoscibilidade das decisões ativistas. (CAMPOS, 2014, p. 140)

Tal concepção abrange a complexidade do ativismo judicial e colabora com a desconstrução da visão pejorativa correntemente atribuída ao tema. Em consequência, a legitimidade do ativismo não pode ser analisada de forma genérica, mas de acordo com cada decisão judicial, de forma que a interpretação conforme a Constituição que seja ativista se mostra aceitável e até mesmo necessária, enquanto as deliberações que retirem direitos não serão consideradas saudáveis, em razão da vedação ao retrocesso.

Novamente recorremos ao doutor Carlos Alexandre de Azevedo Campos que esclarece essa relação entre ativismo judicial e legitimidade:

Além de nada dizer sobre a correção das decisões no mérito, o ativismo judicial nada diz sobre a legitimidade ou ilegitimidade a priori das decisões judiciais. A conclusão de que uma decisão judicial é ativista não significa adiantar o resultado da avaliação de sua ilegitimidade. Ativismo judicial não é sinônimo de ilegitimidade, e essa correlação simplesmente não pode ser feita de modo apriorístico e em nível puramente conceitual. Pensar de modo diverso daria razão àqueles que afirmam a absoluta inutilidade do termo: bastaria então substituí-lo por ilegitimidade. (CAMPOS, 2014, p. 136)

O cenário nacional atual, em que predomina a inércia do Poder Público na efetivação de direitos que dependam da atuação de seus poderes, frustrando a finalidade prevista na Carta Magna de garantia da dignidade da pessoa humana e do “mínimo existencial” necessário para tanto, é o contexto propenso para irromper posturas ativistas por parte do Judiciário e se estas podem adquirir um caráter predatório à separação dos poderes, cabe ao próprio Legislativo frear essa atuação, por meio da edição de normas que impeçam essa exacerbação do Judiciário (PAGANELLI; SIMÕES; IGNÁCIO JUNIOR, 2011, p. 156).

A legitimidade de tal postura recai, então, sobre sua observância à supremacia da Constituição e ao contexto socioeconômico. Nas palavras do ministro Luis Roberto Barroso:

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como

ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição. (BARROSO, 2009, p. 12)

Dessa forma, resta claro que o ativismo judicial não possui uma conotação negativa, a priori, resta-nos analisar o seu impacto no que tange à implementação e controle de políticas públicas, observando que a função jurisdicional só tem sentido se direcionada à efetivação dos preceitos constitucionais.

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO

Para que se possa proceder à discussão aqui proposta, cabe entender o conceito de Judicialização de Políticas Públicas para analisá-la em conjunto com o ativismo judicial, devendo-se observar que são eventos semelhantes, porém distintos.

Inicialmente, é oportuno esclarecer que a Judicialização seria o aumento de decisões do Poder Judiciário sobre questões que deveriam ser resolvidas pelos órgãos políticos tradicionais (Executivo e Legislativo), que decorre do próprio modelo de Constituição analítica adotada no Brasil, que constitucionaliza questões sociais e políticas, possibilitando que estas sejam discutidas em Juízo.

Por sua vez, como esmiuçado anteriormente, o ativismo judicial é uma atitude proativa, que decorre de uma postura adotada por aqueles que exercem o Poder Judiciário, podendo ser iniciada em razão da judicialização, pois “o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial” (MENEZES, 2013, p. 24).

Nesse sentido, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso expõe de forma clara a correlação entre os fenômenos:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2009, p. 06)

Dessa forma, a judicialização de políticas públicas significa que tem havido um crescimento de demandas sobre o tema perante o Poder Judiciário, o qual, por sua vez, profere decisões que impõe condutas ou abstenções ao Poder Executivo.

Atualmente, na questão do direito à saúde, verifica-se um grande número de ações ajuizadas nos diversos órgãos do Poder Judiciário brasileiro, buscando tutela jurídica para o fornecimento de medicamentos, para o tratamento de doenças, para a realização cirurgias, dentre outros.

Ora, uma vez que tais medicamentos ou procedimentos são garantidos por meio de políticas públicas àqueles que não podem custeá-los, ao ser negado essa prestação, surge o direito subjetivo de exigí-los, ao passo que caberá ao Judiciário analisar as razões pela quais a Administração não os forneceu. Por outro lado, as determinações judiciais que obrigam a União, Estados ou Municípios a conceder medicamentos ou tratamentos em ações individuais, que não constam das listas do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais têm sido vistas como prejudiciais às políticas de saúde já existentes.

O Doutor Edinilson Donisete Machado defende que o ativismo judicial nos direitos sociais pode ofender o princípio da igualdade. Em suas palavras:

Delimitando-se que o princípio da igualdade deve abranger as políticas públicas a partir de atribuição de mesma parcela a todos, no sentido da universalidade (...). (...) decisões judiciais que concedem liminares para implementação de políticas públicas que não foram discutidas e aprovadas na seara competente ocasionam a preterição de outras, que por sua vez foram discutidas e aprovadas, e, mais do que isso, realizam atribuição de direitos subjetivos a determinados indivíduos, em prejuízo de outros, na mesma situação de fato e de direito. (...) Assim, os direitos sociais, para que possam expressar a vida em sociedade, jamais poderão perder o caráter da igualdade, sob pena de se cometer, no caso concreto, injustiça e a distribuição desigual de recursos públicos. (MACHADO, 2012, p.123)

O que se busca explicar é que ao Poder Executivo cabe planejar a implementação e funcionamento de políticas públicas, por meio de sua discricionariedade, que irá avaliar as prioridades sociais dentro dos recursos orçamentários disponíveis na seguridade social dos entes federativos, necessitando da aprovação prévia do Poder Legislativo, por meio das Leis Orçamentárias Anais. A partir do momento em que há um número abundante de decisões que obrigam o Poder Executivo a fornecer medicamentos ou tratamentos que não estão previstos na Política Nacional de Medicamentos, instituída pela Portaria do Ministério da Saúde nº 3.916/GM (1998) ou até mesmo implementando políticas públicas inexistentes, a previsão orçamentária pode sofrer com o aumento de despesas que prejudica a efetivação das políticas em funcionamento.

Como ponderado anteriormente, o ativismo judicial não pode ser taxado como negativo sem uma análise ao caso concreto, pois é um fenômeno complexo que pode se irromper de diversas maneiras. Dessa forma, temos que a judicialização, ao mesmo tempo em que contribui para a efetivação da política pública de medicamentos atual, obrigando determinado ente da Federação a fornecer os fármacos aos quais se comprometeu, por outro lado, o acolhimento excessivo de demandas individuais que busquem a aquisição de medicamentos distintos dos previstos pode se tornar um problema à concretização do direito à saúde pública.

Por este motivo, o Ministro Gilmar Mendes e o Procurador Paulo Gustavo Gonet Branco, em sua obra conjunta, defendem que o ideal seria que as demandas acerca de políticas públicas na área da saúde fossem propostas em ações coletivas, asseverando:

É bem verdade que, em muitos casos, a judicialização do direito à saúde deveria ocorrer, preferencialmente, no plano das ações coletivas e não no contexto de milhares de ações individuais. Especialmente nas hipóteses em que um remédio encontra-se na lista de aprovados pela ANVISA, mas não na listagem do SUS, a cultura das pretensões coletivas seria um verdadeiro estímulo ao diálogo institucional e à preservação da isonomia e do atendimento dos titulares de direitos em iguais condições. Todavia, no âmbito do direito à saúde, ainda há flagrante preferência na propositura de ações individuais. (...) O nível de informações usualmente contidas nas ações coletivas é importante motivo pelo qual estas devem ser estimuladas. Com a participação de mais interessados e pessoas especializadas na matéria, o Poder Judiciário acaba por ter dados mais completos para julgar o caso. Por outro lado, ao prover pretensões relacionadas com o direito à saúde, normalmente relacionadas com a entrega gratuita de medicamentos, de aparelhos ou obtenção de vagas em hospitais – enfim, ações que geram custos –, o Poder Judiciário passa a influenciar o orçamento público. Nas ações individuais, essa interferência é feita sem que se tenha noção dos reais impactos que podem ser causados pela decisão. Nas ações coletivas, porém, as questões orçamentárias podem ser sopesadas de forma devida, inclusive porque o pedido é analisado com maiores subsídios. Além disso, a longo prazo, as decisões proferidas em demandas coletivas tendem a gerar diminuição de gastos para a Administração Pública, que poderá melhor organizar-se adequadamente para atender às demandas da coletividade dentro de prazos razoáveis. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 669-670)

Além disso, para a maximização dos direitos sociais e em benefício do particular tem-se a observância do mínimo existencial para a sua subsistência e vida digna. Em contraposição, uma vez que determinações judiciais concedam benefícios além da previsão programada para determinada política pública e com isso torne excessivamente onerosa sua efetivação, ao Estado cabe o ônus de demonstrar a insuficiência orçamentária para se valer da defesa da reserva do possível.

Especificamente nas políticas públicas na área da saúde, a postura ativista do Poder Judiciário tem contribuído para a sua efetivação, mas se adotada de forma desmoderada em

demandas privadas pode acarretar o desequilíbrio nas contas públicas, além de se tornar um empecilho para a própria concretização das garantias constitucionais, ou seja:

A previsão excessiva de direitos sociais no recheio de uma Constituição, a despeito de um instante bem-intencionado de palavras promovido pelo constituinte, pode levar à negativa, paradoxal e, portanto, inadmissível consequência de uma Carta Magna cujas finalidades não condigam com seus próprios prescritos, fato que deslegitima o Poder Público como determinador de que particulares respeitem os direitos fundamentais, já que sequer eles próprios, os administradores, conseguem cumprir o que consta de seu Estatuto Máximo. (LAZARI, 2012, p. 56)

Assim, o suprimento do mínimo existencial deve ser avaliado junto à teoria da reserva do possível, devendo esta ser considerada, mas não pode se sobressair ao ponto de se tornar um empecilho para a garantia da dignidade humana, a qual é o alicerce para a efetivação de qualquer direito social (PAGANELLI; SIMÕES; IGNÁCIO JUNIOR, 2011, p. 105).

Da análise do ativismo judicial aplicado ao direito à saúde, conclui-se que o judiciário deve decidir com razoabilidade, pautando-se na máxima efetivação dos direitos sociais e da garantia do mínimo existencial, mas avaliando a sua possibilidade dentro do orçamento público.

Ademais, a prática ativista deve ser moderada, não se acomodando perante a inércia dos demais poderes, mas evitando que o Judiciário se sobreponha aos órgãos políticos. Pois, como se viu, o ativismo pode adquirir mais de uma face, contribuindo para a efetivação de políticas públicas ou dificultando a concretização dos direitos sociais, podendo se tornar o antídoto ou o veneno a depender apenas de sua dosagem.

CONCLUSÃO

Apesar da característica garantista de nossa Constituição Federal, que consagrou diversos direitos e liberdades aos cidadãos brasileiros, ainda enfrentamos diversos desafios para a sua efetiva e real concretização. Especificamente, no direito à saúde, foco do presente estudo, vimos que cabe ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas que permita a sua máxima promoção, sendo uma delas a Política Nacional de Saúde, da qual faz parte a Política Nacional de medicamentos, que possibilita o fornecimento destes de forma gratuita para os que comprovarem insuficiência de recursos.

Desse modelo constitucional e da negligência ou ineficiência do Poder Público na execução das políticas existentes, surge a prerrogativa de pedir ao Estado-Juiz que exija o seu cumprimento, desencadeando o fenômeno da Judicialização.

A Judicialização e, conseqüentemente, o ativismo judicial têm sido temas polêmicos, sendo amplamente questionada a legitimidade dessa postura perante a tripartição de poderes e a garantia dos princípios constitucionais. Destarte, a atuação do judiciário na efetivação de políticas públicas se mostra plausível, em razão do descumprimento do administrador público de suas atribuições, o que não pode se tornar um óbice à garantia do direito à saúde.

Dessa forma, o ativismo judicial praticado com moderação visando garantir a supremacia e eficácia dos preceitos constitucionais não observados devido à inércia dos demais poderes públicos, não se mostra como uma ofensa à tripartição de poderes, pois hodiernamente não persiste a inflexibilidade das funções do Estado.

Ressalta-se que as atividades dos órgãos estatais se complementam, pois cabe ao Poder Legislativo completar a eficácia de normas programáticas incluídas na Carta Magna por meio da criação de leis que assegurem essa finalidade, ao Poder Executivo se destina a implementação e execução de políticas públicas, enquanto ao Judiciário resulta o encargo de zelar por seu cumprimento pelos poderes políticos, pressionando-os através da avaliação e julgamento das demandas que chegarem ao seu conhecimento nos casos em que se verifique que o motivo seja a inércia da administração.

É claro que a postura ativista do Poder Judiciário não pode ser desmedida, a exemplo da excessiva concessão de medicamentos não previstos na Política Nacional de Medicamentos ou da implementação de políticas públicas na área da saúde que extrapolem o que foi programado e determinado na Lei Orçamentária Anual, podendo se tornar uma ofensa ao princípio da igualdade dos direitos sociais, uma vez que gera um desequilíbrio no orçamento público, fazendo com que recursos que seriam utilizados na concretização das políticas públicas existentes sejam realocados para vencer as determinações judiciais.

Assim, a legitimidade do ativismo judicial deve ser aferida através de sua aplicabilidade ao caso concreto, pois, ainda que o controle de políticas públicas de saúde atuais venha contribuindo para a sua efetividade, deve-se sempre avaliar criticamente essa postura para verificar se o Judiciário está balanceando a garantia do mínimo existencial com a reserva do possível, evitando conhecer excessivamente de demandas individuais que exijam garantias demasiadamente onerosas ao Poder Público, afinal, é que a razoabilidade do Juiz e a observância das diretrizes constitucionais que determinarão a tênue divisão entre os benefícios e os prejuízos democráticos que essa postura pode conceber.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Seleções Jurídicas. COAD: Rio de Janeiro, 2009.

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

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CUNHA JR. Dirley da. Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 32ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LAZARI, Rafael José Nadim de. Reserva do possível e mínimo existencial: A pretensão da Eficácia da Norma Constitucional em Face da Realidade. Curitiba: Juruá, 2012.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. Curso de Direito Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENEZES, B. P. Ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal estaria legislando? Caso dos mandados de injunção que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos. 2013. 48 f. Monografia (especialização) – Curso de Política e Representação Parlamentar, Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (CEFOP). 2013. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/13716>. Acessado em: 02 jun. 2016.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PAGANELLI, C. J. M.; SIMÕES, A. G.; IGNÁCIO JUNIOR, J. A. G. Ativismo judicial: Paradigmas atuais. 1ª Ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. Ação popular constitucional: doutrina e processo. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. Ativismo Judicial e Políticas Públicas: direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011.

VALLE, Vanice Regina Lirio do. Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

O ABORTO COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA SEXUAL

Caroline Lovison DORI¹
Renan Cauê Miranda PUGLIESI²

RESUMO

Não obstante a garantia do aborto legal e seguro conferido à vítima de violência sexual, ainda existem obstáculos impostos à realização do procedimento, o que constitui grave violação aos direitos sexuais e reprodutivos, à saúde e à dignidade humana. A interrupção da gravidez é assegurada à vítima de estupro em leis infraconstitucionais, Portarias e orientações do Ministério da Saúde, as quais possuem amparo em diversos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal. Dessa forma, é imperioso afirmar que o aborto assegurado à vítima de violência sexual constitui nítida salvaguarda de direitos fundamentais. Contudo, em que pese a existência de previsão legal, muitas mulheres sofrem dificuldade no acesso ao procedimento, omissão de informações e outras restrições que levam à realização do aborto de maneira ilegal e, muitas vezes, insegura, acarretando grave problema de saúde pública. É importante destacar que diversos projetos de lei, como o 6061/2013, caminham em sentido contrário à defesa da mulher e aos movimentos sociais femininos, buscando restringir o acesso à profilaxia da gravidez, a informações relativas aos seus direitos e aos serviços sanitários disponíveis, bem como dificultar a interrupção da gravidez. Por fim, é importante ressaltar a necessidade de garantia do aborto, de modo a efetivar direitos fundamentais, como direitos sexuais e reprodutivos, a saúde e a dignidade humana da vítima de violência sexual.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto.

ABSTRACT

Despite the guarantee of safe and legal abortion given to the victims of sexual violence, there are some obstacles that prevents the abortion, which constitutes a serious violation of sexual and reproductive rights, a violation of health and human dignity. Rape victims can do the interruption of pregnancy, because of the guarantees that exist in laws, ordinances and guidelines of the Ministry of Health, which have support in fundamental rights enshrined in the Constitution. In this way, we have to affirm that the possibility of a sexual violence victim do an abortion is a fundamental right. However, despite the existence of laws in this way, many women suffer difficulty in doing an abortion, they don't have any information about it, and they suffer restrictions. Therefore, woman needs to do an illegal and unsafe abortion, which means a serious problem in public health. It is important to note that several law

- 1 Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), cuja área de concentração é Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Instituição Damásio Educacional e pelo Centro Universitário Internacional. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, campus de Jacarezinho. Integrante do Grupo de Pesquisa "O reflexo das opções do poder público na vida das pessoas" e do Grupo de Pesquisa "Responsabilidade Internacional do Estado e Direitos Humanos", ambos do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Atua principalmente nos seguintes temas: responsabilidade do estado, democracia, direitos humanos, violação de direitos, direitos da mulher, função política do direito.
- 2 Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Atualmente é conciliador da Justiça Federal, Seção Judiciária do Paraná, 1ª Vara Federal de Jacarezinho, atuando principalmente nos seguintes temas: poder judiciário, religião, Justiça Restaurativa, repercussão geral e democracia.

projects, such as 6061/2013, are in the opposite direction to the defense of women and to women's social movements. This law projects restricts the access to prophylaxis of pregnancy, information about woman rights and to health services, and difficults the abortion. Finally, the possibility of woman doing an abortion in case of sexual violence is very importante to assure fundamental rights, like sexual and reproductive rights, health and human dignity.

KEY-WORDS: Abortion.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscou abordar os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, especialmente no que diz respeito aos casos de violência sexual, e a possibilidade de realização do aborto legal. Assim, pautou-se em estudos de Direitos Humanos, Direito Constitucional e Direito Penal.

A justificativa e a relevância social de estudar este tema estão relacionadas à frequência com que os crimes sexuais são perpetrados na sociedade brasileira, sua gravidade, e as consequências terríveis que causam à vítima. Além disso, todo esse panorama é agravado diante da atual situação do sistema de saúde no Brasil, que apresenta diversos empecilhos às mulheres grávidas que pretendem realizar o aborto permitido por lei. Dessa forma, as mulheres se deparam com a falta de estrutura, preparo, informações e políticas públicas que estejam de acordo com a vulnerabilidade em que se encontram.

Destaca-se que a problematização central levantada reside na seguinte indagação: como tem se dado a efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher no Brasil, especialmente no que atine aos casos de violência sexual e ao aborto, e quais medidas estão sendo tomadas em busca de uma maior efetivação de tais direitos?

Nesta linha de raciocínio, buscou-se ressaltar que os direitos reprodutivos e sexuais, embora não expressamente previstos na Constituição Federal de 1988, estão dispostos em convenções e tratados internacionais, sendo reconhecidos como verdadeiro direito humano. Também é possível notar que mencionados direitos possuem respaldo em várias previsões constitucionais, principalmente em relação ao direito fundamental à saúde, merecendo ser resguardados de forma digna e efetiva, algo que não vem ocorrendo diante da omissão estatal. Assim, evidenciou-se a falta de suporte e uma situação de dupla violação de direitos da mulher: uma em relação ao crime do qual foi vítima; outra em relação à falta de atendimento adequado e conseqüente ineficácia da preservação de direitos fundamentais, como saúde e dignidade da pessoa humana.

Para que fosse possível compreender a problemática, tornou-se vital a exposição inicial da luta feminina pelos seus direitos, evidenciando-se a importância dos movimentos sociais para a consolidação e fortificação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, elevando seu status a fim de que fosse considerado como verdadeiro direito humano e fundamental. Após, abordou-se as possíveis previsões desses direitos, tanto a nível internacional quanto nacional, buscando-se substrato para sua aplicação, o qual foi encontrado principalmente nas previsões constitucionais de direito à saúde, do qual os direitos sexuais e reprodutivos são decorrentes. Posteriormente, passou-se à análise detida do aborto, de suas previsões, e de todos os desafios encontrados pela mulher, vítima de violência sexual, para a realização do aborto legal, bem como as consequências decorrentes das barreiras que lhes são impostas. Por fim, analisou-se as legislações que foram postas em discussão nos últimos anos, com o fim de analisar até que ponto elas podem contribuir para uma melhoria do panorama que atualmente impera, ou se vulneram ainda mais os direitos das mulheres, para, logo em seguida, tecer conclusões acerca do objeto pesquisado.

Para solucionar o questionamento levantado acima, foi utilizado, como método principal de abordagem o método dedutivo, uma vez que se partiu de uma visão geral sobre os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, em seu aspecto mais amplo, para posteriormente levantar questionamento e críticas acerca do aborto envolvendo situações de violência sexual, com o panorama atualmente vivenciado.

Como forma de coletar e analisar os materiais utilizados, foram realizadas as seguintes técnicas de pesquisa: a pesquisa indireta documental, em virtude dos inúmeros textos normativos consultados, e a pesquisa indireta bibliográfica, por meio de doutrinas e demais publicações científicas.

DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos sexuais e reprodutivos, apesar de não estarem expressamente previstos na Constituição Federal, constituem espécies de direitos fundamentais que merecem proteção. Reconhecidos internacionalmente como direitos humanos, demandam maior atenção para que sejam devidamente caracterizados e protegidos, garantindo-se a dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos resultou, em grande parte, dos movimentos feministas, que a partir dos anos 70 passaram a reivindicar, principalmente, o controle feminino sobre seu próprio corpo e a liberdade reprodutiva das mulheres. Contudo,

sobreleva notar que, anteriormente à eclosão dos movimentos feministas, diversas mulheres já defendiam a liberdade sexual e reprodutiva como forma de promover a emancipação feminina. De fato, destaque-se que:

A experiência do movimento organizado de mulheres no Brasil, oferece um excelente exemplo de como se pode utilizar, em favor da melhoria do *status* jurídico, da condição social, do avanço no sentido de uma presença mais efetiva no processo de decisão política. Ao longo de quase todo o século XX, com mais intensidade em algumas décadas do que em outras, as mulheres brasileiras conseguiram vitórias expressivas. Algumas vezes abolindo dispositivos legais discriminatórios, outras, conseguindo aprovar novas leis que reconheciam direitos fundamentais e ampliavam garantias (CAMPOS; CORRÊA, 2009, p. 71).

É importante que se tenha em mente a relevância da luta dos movimentos sociais engajados na proteção dos direitos das mulheres, pensando-se, inclusive, em termos de tipificação penal, como, por exemplo, a entrada em vigor da Lei nº 11.106/05, que extirpou do Código Penal a possibilidade de extinção da punibilidade no caso em que o estupro se casasse com a vítima (art. 107, VII, do CP). Isto porque, a criminalização ou não das condutas não deve ser impulsionada pelo desejo de tornar dominante uma determinada concepção moral, cujo debate deve se dar somente em ambiente mais propícios, como igrejas, partidos ou meios de comunicação, afastando-se, tanto quanto possível, da abrangência das leis (BARSTED, 2010, p. 249-250).

Inegável a importância de toda e qualquer mobilização social que busque um fim específico. No decorrer da história da humanidade e das sociedades, muitos foram os ganhos em decorrência da mobilização e da luta daqueles que buscavam condições melhores para viver. E tal se deu também com a mulheres e a busca por maior independência, direitos e tratamento iguais, enfim, dignidade, em sua acepção mais genuína.

Essa movimentação e luta feminista não se resumiu ao Brasil, tendo amplitude mundial, culminando na elevação de muitas das reivindicações das mulheres ao status de direito humano, digno de proteção plena e universal.

Tal se deu com os direitos sexuais e reprodutivos, que foram reconhecidos como direitos humanos em 1994 na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento das Nações Unidas (VENTURA, 2003, p. 50-51), sendo fixado aos Estados signatários o dever de garantir políticas de segurança para eliminar todo tipo de violência, políticas que promovam a igualdade de gênero, dentre outros.

Desde meados do século XX, o direito positivo vem sendo desafiado por um neojusnaturalismo internacional expresso nos tratados e convenções de direitos humanos, que amplia e supera o sentido territorial de cidadania. O tema da sexualidade apareceu destacado sob a forma de condenação da violência sexual

contra mulheres e meninas, considerada uma violação dos direitos humanos, quando da Conferência de Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993. Foram observados avanços [...] principalmente no que se refere ao reconhecimento de que os direitos sexuais fazem parte dos direitos humanos, no bojo das Conferências do Cairo, 1994, e de Beijing, em 1995 (BARSTED, 2010, p. 252-253).

De outra monta, é preciso não olvidar que a inclusão da sexualidade no campo de abrangência dos direitos humanos a coloca em posição privilegiada dentro dos ordenamentos jurídicos nacionais, dando-lhe natureza de bem jurídico fundamental e proporcionando a articulação deste com os demais direitos de cidadania, como, por exemplo, os direitos à liberdade, dignidade, igualdade de tratamento, intimidade, autonomia e privacidade (BARSTED, 2010, p. 253).

O reconhecimento como direito humano e fundamental é essencial para que se dê maior atenção às violações que são cometidas constantemente contra os mesmos e, conseqüentemente, sejam buscados mecanismos mais efetivos e adequados à sua proteção. Não há dúvida que a alteração do status jurídico a ser atribuído aos direitos reprodutivos e sexuais, revelando a relação de dependência destes com a dignidade da pessoa humana, por exemplo, culmina numa revolução estrutural no que atine à sua defesa, impulsionando maior preocupação legislativa e mais investimentos em políticas públicas.

E mais. Introduzindo-se essa perspectiva de direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos em uma ótica de igualdade de gêneros, como corolário do princípio da igualdade, chega-se a duas vertentes distintas e complementares acerca desses direitos: a primeira diz respeito à liberdade e à autodeterminação, correspondendo ao livre exercício da sexualidade, distante de qualquer forma de discriminação, violência ou coerção, e sem interferência estatal, a não ser na função de garantidor do respeito e exercício de tais direitos. Num segundo viés, tem-se a necessidade de formulação e implementação de políticas públicas de qualidade, acesso à informação e avanços científicos que viabilizem o exercício desses direitos, de modo que a interferência do Estado se faz extremamente necessária nessa segunda vertente (PIOVESAN et al, 2003 apud BARSTED, 2010, p. 253).

Essa perspectiva se mostra importante e dá substrato e força aos movimentos sociais das mulheres, que almejam medidas legislativas não somente a fim de criar e garantir direitos, como também demandando a descriminalização de certas condutas que evidenciam uma cultura legislativa tendente a tratar a sexualidade feminina de forma repressiva e com forte influência de dogmas religiosos (BARSTED, 2010, p. 250-252). Isso resta claro quando algumas normas de expressão sexual se valem de “dois pesos e duas medidas”, em previsões

que não se atentam a imperativos de igualdade entre os gêneros e impõem às mulheres a privação da dignidade, saúde, felicidade e liberdade, de maneira que não se dá com os homens (SIEGEL, 2010, p. 279-280).

Assim sendo, é preciso que se reconheça os direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos, atraindo todos os reflexos que esse status acarreta.

DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS NA GARANTIA DA SAÚDE DA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA SEXUAL

Primeiramente, insta salientar que os direitos sexuais e os direitos reprodutivos são distintos entre si, porém, complementares, devendo ser estudados de maneira conjunta. Contudo, cabível defini-los e delimitá-los, para uma melhor compreensão.

Os direitos reprodutivos podem ser entendidos como liberdade reprodutiva, de maneira que o número de filhos e o intervalo entre os seus nascimentos é de livre escolha dos indivíduos, não podendo sofrer qualquer violência, discriminação ou controle (VENTURA, 2009, p. 19). Dessa forma, não pode haver controle da liberdade reprodutiva individual, seja por interferência do Estado ou do particular.

O Estado passa a ter deveres de não intervenção na vida sexual e reprodutiva das pessoas, mas também deveres de proteção, promoção e provisão dos recursos necessários para a efetivação desses direitos. As pessoas e as instituições devem respeitar às diferenças e escolhas alheias, e agir de forma livre e responsável, permitindo o bem estar e liberdade de todos e todas (VENTURA, 2009, p. 20).

Leciona Ventura (2009, p. 21), que o conceito de direitos sexuais ainda não apresenta sua extensão ideal, de maneira que são reconhecidos nas leis e políticas públicas de forma relacionada aos direitos reprodutivos. Segundo a autora, essa abordagem limita a formulação dos direitos sexuais em alguns âmbitos, como na prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual.

Este tratamento social e jurídico mais restrito dado aos direitos sexuais reflete as dificuldades da sociedade em compartilhar moralidades diferentes na vivência da sexualidade, e que ao longo da história se expressa nas leis e políticas, e no dia a dia das pessoas que sofrem preconceitos e discriminações relacionadas às suas práticas, condições e identidades sexuais. (VENTURA, 2009, p. 21).

Certo é que, independentemente da terminologia adotada, os direitos sexuais e reprodutivos possuem relevância ímpar e devem ser protegidos e garantidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Note-se, preliminarmente, e em consonância com o já exposto, que os direitos sexuais e reprodutivos são influenciados pelos princípios declarados no Preâmbulo da

Constituição Federal, dentre os quais os direitos à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça, como valores supremos da sociedade, de modo que todas as demais normas do ordenamento jurídico – inclusive e principalmente, a própria Constituição Federal -, e os direitos nelas resguardadas, devem ser interpretados e aplicados sob a égide de tais princípios (BARSTED, 2010, p. 253).

Além disso, referidos direitos são amparados pelo artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: prevalência dos direitos humanos”, razão pela qual o Brasil é signatário de diversas convenções e tratados internacionais que versam sobre direitos sexuais e reprodutivos, como, por exemplo, o Plano de Ação da Conferência Mundial de População e Desenvolvimento, realizada pela ONU em 1994 no Cairo e a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979.

Não obstante a isso, é preciso que a abordagem seja mais específica, para que a proteção a esses direitos se torne mais eficaz. Assim, imperioso notar que os direitos sexuais e reprodutivos se relacionam à saúde do indivíduo, de maneira que a proteção e a garantia desses direitos dependem, principalmente, da salvaguarda do direito à saúde.

A Organização Mundial da Saúde (OMS), ao conceituar saúde reprodutiva, repete o conceito básico de saúde e acrescenta:

A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, em todos os aspectos relacionados com o sistema reprodutivo e suas funções e processos, e não a mera ausência de enfermidade ou doença. A saúde reprodutiva implica, assim, a capacidade de desfrutar de uma vida sexual satisfatória e sem risco, a capacidade de procriar e a liberdade para decidir fazê-lo ou não fazê-lo, quando e com que frequência. Essa última condição implica o direito para o homem e a mulher de obter informação sobre métodos seguros, eficientes e exequíveis de planejamento familiar e de ter acesso aos de sua escolha, assim como a outros métodos por eles escolhidos para regularização da fertilidade, que não estejam legalmente proibidos, e o direito de acesso a serviços apropriados de atendimento à saúde que permitam às mulheres o acompanhamento seguro durante a gravidez, bem como partos sem riscos, e dêem aos casais as melhores possibilidades de terem filhos sãos. Em consonância com essa definição de saúde reprodutiva, o atendimento à saúde reprodutiva se define como o conjunto de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, ao evitar e resolver os problemas relacionados com a saúde reprodutiva. Inclui também a saúde sexual, cujo objetivo é o desenvolvimento da vida e das relações pessoais e não meramente a assistência social e o atendimento relativo à reprodução e às enfermidades sexualmente transmissíveis (ONU, 1995, cap. IV, C, 94).

Assim, é possível notar que saúde reprodutiva é um conceito muito mais amplo do que ordinariamente se infere. Para que alcance sua plenitude, é preciso que se considere aspectos que vão muito além da reprodução e do trato das doenças sexualmente

transmissíveis, a fim de vislumbrar, por exemplo, que seu conceito abrange também planejamento do casal, quando procuram se informar de tudo que cerca a experiência do nascimento.

A garantia deve ser ampla e extensiva, a fim de possibilitar que as pessoas possam ter todas as informações necessárias acerca da gravidez, das mais básicas às mais complexas e excepcionais situações, inclusive envolvendo aquelas de violência e aborto, para que os direitos sexuais e reprodutivos possam ser exercidos de forma a concretizar os princípios fundamentais e universais, como aquele que pugna pela vida digna a todas as pessoas.

Basicamente, os Direitos Reprodutivos vêm se consolidando no âmbito das normas e políticas de assistência à saúde, com dificuldades em razão de algumas limitações que devem ser superadas no âmbito político e legislativo, como, por exemplo, o tratamento dado à questão da interrupção voluntária da gravidez. (VENTURA, 2009, p. 21).

Como se pode inferir, o direito à saúde, tido como fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, em razão de seu caráter essencial à vida humana, deve ter interpretação abrangente, de forma possibilitar o acesso a todos, da forma mais completa e digna possível.

O direito à saúde contempla tanto o direito à autonomia e à liberdade como o direito ao acesso aos serviços de saúde públicos. O direito à autonomia e à liberdade compreende o direito da pessoa ter controle sobre seu corpo e sua saúde, incluindo a liberdade sexual e reprodutiva, bem como o direito a não ser submetido a interferências indevidas, à tortura, a tratamentos e experimentos médicos não consentidos ou não suficientemente seguros. Por sua vez, o direito ao acesso aos serviços de saúde, a ser prestado como um dever do Estado, implica o direito a um sistema de saúde universal e de boa qualidade que contemple a igualdade de oportunidades para que todos gozem do mais alto padrão de saúde. (VENTURA, 2003, p. 61).

Assim, resta patente que os direitos sexuais e reprodutivos devem ser tratados como questão de saúde pública, razão pela qual o Ministério da Saúde elabora diversas resoluções, listas e cartilhas para informar a população acerca dos direitos sexuais e reprodutivos da pessoa humana. Dentre eles, destacam-se: “Direitos sexuais e direitos reprodutivos: uma prioridade do governo”, “Mais proteção às mulheres: novas conquistas e melhores serviços para garantir a mulheres e homens, adultos e adolescentes, seus direitos sexuais e direitos reprodutivos”, “Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais”, dentre outros inúmeros documentos disponíveis na Biblioteca Virtual em Saúde do Ministério da Saúde.

Tais documentos, formalizados pelo Ministério da Saúde, trazem maior concretude às normas previstas no ordenamento constitucional e às previsões implícitas contidas na Constituição Federal, não sendo, contudo, a única a fazê-lo.

Em 1998, a criação da Norma Técnica para Prevenção e Tratamento dos Agravos resultantes da Violência Sexual contra mulheres e adolescentes pelo Ministério da Saúde foi um grande avanço no que tange às políticas públicas para mulheres.

Já em 1999, o Ministério da Saúde editou a primeira norma técnica para Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes, a qual sofreu duas revisões, em 2005 e em 2012. Mencionada norma técnica traz diretrizes que buscam auxiliar os profissionais da saúde no atendimento, apoio psicossocial e procedimentos profiláticos que devem ser realizados às mulheres e adolescentes vítimas de violência sexual. Os procedimentos nela estabelecidos visam garantir a saúde e, assim, os direitos humanos das mulheres que sofreram alguma forma de violência sexual, através de uma saúde pública universal e integral (2012, p. 09-10).

Assim, percebe-se que o ordenamento nacional, em consonância com as previsões internacionais, não só garante os direitos sexuais e reprodutivos, como os coloca num patamar de fundamentalidade e essencialidade, sem, contudo, deixar de trazer previsões mais específicas e concretas, com vista a tornar tais direitos materialmente eficazes.

O ABORTO COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONFERIDOS À VÍTIMA DE VIOLÊNCIA SEXUAL

Diante da amplitude de interpretação que deve incidir sobre as definições dos direitos sexuais e reprodutivos, é natural que o aborto esteja entre as situações por elas abarcadas.

A opção por abortar uma vida em formação é difícil e complexa, podendo acarretar as mais diversas consequências para os pais, qualquer que seja a decisão final. Na mesma linha do que foi explanado, é preciso que haja informações, assistência e políticas públicas que deem suporte aos pais durante todo o processo a ser desenvolvido, por exemplo, informações acerca da legalidade e das consequências, acompanhamento médico adequado, realização de um aborto seguro, acompanhamento psicológico, etc.

E, quando se trata de caso de estupro, a situação não pode ser diferente, carecendo, em verdade, de atenção e cuidados redobrados, uma vez que a situação vivenciada pela mulher durante um estupro, verdadeiro e cruel atentado contra a dignidade, a vida, a liberdade e a intimidade, já é, por si só, extremamente traumática e causadora de dores e sofrimentos inimagináveis.

De fato, a impossibilidade de realizar um aborto diante da gravidez decorrente de

violência sexual constituiu uma segunda forma de violência contra a mulher. Com o fito de assegurar seus direitos sexuais e reprodutivos, sua saúde e sua dignidade, devem ser garantidas informações e acesso ao aborto legal e seguro pelo Poder Público.

Antes de mais nada, é preciso compreender o que se entende por aborto, de acordo com os ensinamentos de Lorena Ribeiro de Moraes (2008, p. 50):

Aborto (de *ab-ortus*) transmite a idéia de privação do nascimento, interrupção voluntária da gravidez, com a morte do produto da concepção. [...] Do ponto de vista médico, aborto é a interrupção da gravidez até 20ª ou 22ª semana, ou quando o feto pese até 500 gramas ou, ainda, segundo alguns, quando o feto mede até 16,5 cm.

O Código Penal brasileiro prevê o aborto nos seus artigos 124 a 128, dispondo quando a prática se dá pela própria gestante, por terceiro, prevendo a forma qualificada e a ausência de punição pela prática do aborto necessário e do aborto em caso de gravidez resultante de estupro.

Contudo, essas não são todas as formas de aborto reconhecidas pela doutrina, mas somente aquelas eleitas pelo legislador como merecedoras de tratamento específico e explícito.

Não obstante as diversas classificações doutrinárias, cada qual com sua estrutura e sistematização, o elenco trazido por Damásio de Jesus (2009, p. 119) se apresenta como completo e adequado, ao dividir o aborto em quatro espécies: natural, acidental, criminoso e legal. No primeiro deles, há interrupção natural da gravidez. Já no segundo, ocorre normalmente em razão de algum trauma, sendo essas primeiras modalidades impuníveis. Criminoso é aquele vedado pelo ordenamento jurídico, considerado por este um atentado à vida. Por último, tem-se o aborto legal ou permitido, subdividido em várias espécies, como o terapêutico ou necessário, consistente naquele que visa preservar a vida e a saúde da gestante; o eugênico ou eugenésico, em caso de vida extrauterina inviável, conforme reconhecido pela jurisprudência.

Além dessas duas modalidades de aborto legal, há aquela prevista no artigo 128, inciso II, do Código Penal, que estabelece que “Não se pune o aborto praticado por médico: se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”, hipótese chamada pela doutrina de aborto sentimental ou humanitário (GRECO, 2015, p. 246).

Destaca-se que a lei penal, em tal hipótese, não impõe a necessidade de comprovação da violência sexual, de anterior registro de boletim de ocorrência ou de qualquer comunicação à polícia ou à justiça. A palavra da vítima deve ser recebida como presunção de veracidade,

não cabendo ao profissional da saúde qualquer juízo de valor.

É importante registrar que o atendimento realizado para assegurar a saúde da mulher vítima de estupro não pode ser confundido com os procedimentos realizados pela polícia ou pela justiça. A mulher estuprada deve, quando atendida pelos profissionais da saúde, ser orientada a tomar as medidas legais de denúncia, contudo não é obrigada a notificar os fatos. Dessa forma, não há necessidade de prévia medida policial ou judicial para a realização do procedimento de aborto.

Anteriormente à realização do aborto nos casos previstos em lei, é necessário realizar o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez, que se compõe de quatro fases, nas quais a paciente (e seu representante legal, quando incapaz) deverão relatar os fatos que originaram a gravidez, indicando, por exemplo, a forma de violência sofrida, bem como assinar um Termo de Responsabilidade, que conterá advertência expressa sobre os crimes de falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal) e de aborto (art. 124 do Código Penal), caso não tenha sido vítima de violência sexual. Também deverá ser realizado um parecer médico após exames clínicos, sendo esclarecido à mulher sobre os riscos do procedimento de interrupção de gravidez, as consequências à sua saúde, etc. Os procedimentos tomados para a realização da Justificação e Autorização estão previstos na Portaria nº 1.508/2005, do Ministério da Saúde, que ainda dispõe sobre o sigilo de todo o procedimento e dos documentos, exceto quanto aos documentos subscritos em caso de requisição judicial.

Assim, caso seja verificado que a gravidez não foi resultante de violência sexual, a mulher poderá ser denunciada e punida criminalmente pela prática do artigo 124 do Código Penal: “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque”. Por outro lado, o médico e os profissionais da saúde não serão punidos pela provocação do aborto com o consentimento da gestante, quando informados pela mesma que a gravidez resultou de violência sexual (artigo 126). Isso porque o artigo 20, § 1º, do Código Penal afirma que “é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”.

Vistos os aspectos criminais do aborto e a desnecessidade de prévio relato às autoridades policiais e judiciais para a realização do procedimento de interrupção de gravidez, é importante destacar que, diferentemente do que prevê a lei, o aborto conferido à mulher vítima de estupro, por diversas vezes, não é realizado, seja pela recusa do médico, inexistência de materiais disponíveis ou outros empecilhos.

O aborto legal ou necessário é um fato atípico e, portanto, para ser realizado, depende apenas do consentimento válido da mulher. Ocorre que, mesmo sendo expressamente permitido, os médicos escusam-se de realizá-lo sob alegação de divergência moral. Ademais, não há infra-estrutura adequada para o procedimento e os profissionais de saúde exigem da mulher autorização judicial, termo de boletim de ocorrência ou avaliação por uma Junta Médica (MORAIS, 2008, p. 51).

De acordo com estudo feito pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea), com base em dados do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan) do SUS de 2011, cerca de 67,4% das mulheres grávidas em decorrência de estupro não tiveram acesso ao serviço de aborto legal durante mencionado ano (Agência Pública, 2014, s.p.).

Diante das dificuldades impostas à interrupção da gravidez, as mulheres vítimas de violência sexual recorrem ao aborto clandestino e inseguro, fato este que gera altas taxas de mortalidade de mulheres (MORAIS, 2008, p. 52). Verifica-se, desse modo, nítida violação aos direitos sexuais e reprodutivos, à saúde, à vida e à dignidade das mulheres, que contam com amparo legal para realizarem o procedimento de aborto seguro, porém são menosprezadas, sofrendo as dores da violência sexual e da violência da omissão por parte do Estado.

Conforme ressalta a doutrina:

Aborto seguro é o permitido pela lei, realizado por equipe de saúde bem treinada e contando com o apoio de políticas, regulamentações e uma infraestrutura apropriada dos sistemas de saúde, incluindo equipamentos e suprimentos, para que a mulher possa ter um rápido acesso a esses serviços. A não implementação da política e estrutura para a realização do aborto seguro constitui um atentado à vida e à saúde das mulheres no Brasil e no mundo (MORAIS, 2008, p. 52).

De fato, esse panorama não é o encontrado no Brasil, onde o aborto é semiclandestino. Diante de serviços não prestados e da falta de informação, as mulheres são obrigadas, de forma constrangedora e desumana, a ir de um hospital a outro, por vezes em municípios e estados distintos, para conseguir algo que é garantido por lei e deveria ser prestado pelo Estado. Como se não bastasse estarem grávidas de um estuprador e correndo risco de vida, por vezes terão de se submeter à prática de abortos clandestinos, que trarão consequências maléficas para o aparelho reprodutor da mulher, e que acarretarão, pela falta de tratamento pós-aborto, problemas psicológicos que poderão levar ao suicídio (MORAIS,

2008, p. 52-53).

Assim, é possível notar como a situação de vulnerabilidade extrema em que a mulher se encontra após ser vítima desse crime, tão violento à própria essência da natureza humana. A falta de políticas públicas, da presença proativa estatal, de informações e profissionais preparados, só vulnera ainda mais a dignidade da mulher que pretende realizar o aborto e se desvincular de uma situação que a faz lembrar todos os dias o trauma que vivenciou.

Todo o procedimento, desde a disponibilização de informações, até os cuidados e acompanhamento pós-aborto, deveria ser garantido pelo Estado da forma mais eficaz e digna possível. Afinal, o direito ao aborto legal e seguro constitui preservação, principalmente, da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde, estabelecidos nos artigos 1º, III e 196, da Constituição Federal, respectivamente, dentre outros princípios fundamentais.

PROJETOS DE LEI QUE VIOLAM DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA SEXUAL

Apesar de todas as violações a direitos sexuais e reprodutivos e a outros direitos fundamentais, ocorridas conforme abordado anteriormente, a lei assegura a prática do aborto de maneira segura à mulher vítima de estupro. Contudo, em que pese essa garantia do aborto legal e seguro, por vezes o legislador busca alterar as leis já vigentes, de maneira a desrespeitar diretamente a dignidade humana da mulher.

Atualmente, diversos projetos de leis federais estão sendo criticados por movimentos feministas e profissionais da saúde da mulher. Dentre eles, o PL 6055/2013, de autoria do deputado federal Marco Feliciano em conjunto com outros dois deputados, propõe que seja revogada a Lei 12.845, de 1º de agosto de 2013, sob o argumento de que a lei possui o “objetivo de preparar o cenário político e jurídico para a completa legalização do aborto no Brasil”, tratando, inclusive, da chamada pílula do dia seguinte como uma forma de aborto químico. Mencionado projeto foi apensado ao PL 6033/2013, de mesmo teor, e proposto pelo deputado Eduardo Cunha.

Após diversas críticas, os projetos foram apensados ao PL 6022/2013, que visa alterar o artigo 2º da Lei 12.845/13 para restringir o conceito de violência sexual ao estupro, sem prejuízo de outras condutas previstas em legislação específica, enquanto o atual dispositivo considera violência sexual como qualquer forma de atividade sexual não consentida.

Ainda, apenas ao PL 6022/2013 está a PL 6061/2013, a qual apresenta alterações significativas na Lei 12.845/13. A Lei atualmente em vigor dispõe em seu artigo 1º:

Os hospitais devem oferecer às vítimas de violência sexual atendimento emergencial, integral e multidisciplinar, visando ao controle e ao tratamento dos agravos físicos e psíquicos decorrentes de violência sexual, e encaminhamento, se for o caso, aos serviços de assistência social.

As principais propostas do PL 6061/2013 são no sentido de alterar a redação exposta, removendo a palavra “integral”, de maneira que, em tese, não haveria necessidade de completo atendimento às vítimas de violência sexual pelos hospitais. Ainda, ela visa mudar o conceito de violência sexual exposto no artigo 2º e trazer drástica alteração ao atual artigo 3º, III, que dispõe que o atendimento pelo SUS abrange a: “facilitação do registro da ocorrência e encaminhamento ao órgão de medicina legal e às delegacias especializadas com informações que possam ser úteis à identificação do agressor e à comprovação da violência sexual”. Segundo a proposta apresentada, o inciso passaria a ter a seguinte redação:

Encaminhamento da vítima para o registro de ocorrência na delegacia especializada e, não havendo, a Delegacia de Polícia que, por sua vez, encaminhará para o Instituto Médico-Legal, órgão público subordinado à Secretaria de Estado da Segurança Pública, visando informações e provas que possam ser úteis à identificação do agressor e à comprovação da violência sexual;

Desse modo, a alteração em discussão visa, como preveem os próprios fundamentos elencados no projeto, tornar clara a exigência da ocorrência policial e do laudo médico para comprovação da violência sexual. O projeto também busca tirar a competência do SUS para o encaminhamento das vítimas de violência sexual ao IML, devendo a Delegacia de Polícia proceder à orientação.

Tal proposta nitidamente dificulta o acesso das vítimas de violência sexual ao SUS, visto que passariam a ser atendidas pela rede pública de saúde apenas após o registro da ocorrência na delegacia, tornando-a obrigatória. Nesse ponto há total desrespeito às vítimas, pois atualmente a denúncia não é obrigatória, justamente por se tratar de uma questão íntima, em que ainda há desrespeito no próprio atendimento realizado na delegacia.

Quanto à necessidade de encaminhamento da vítima ao IML pela Delegacia de Polícia podemos vislumbrar uma provável demora, ainda maior, no atendimento da pessoa agredida sexualmente. Destaca-se, contudo, que a vítima deve ser assistida com a maior urgência possível, pois as marcas das agressões sexuais desaparecem rapidamente. Assim, o projeto de lei que torna necessário o encaminhamento pela delegacia provavelmente acarretaria o atendimento tardio da vítima, e muitas vezes ineficiente, pois deixaria de demonstrar a violência sofrida.

Ainda sobre o projeto 6061/2013, há a sugestão da supressão do inciso IV, do artigo 3º, visto que a profilaxia da gravidez determina a prescrição da pílula do dia seguinte, que, segundo o projeto, seria um método abortivo. Além de dificultar o acesso da pílula do dia seguinte às vítimas de estupro, pretende suprimir o direito à informação das vítimas de violência sexual no que tange aos seus direitos legais e sobre os serviços sanitários disponíveis, ao recomendar a supressão do inciso VII do artigo 3º, como forma de “evitar a indução do aborto”.

Destaca-se que a maioria das mulheres vítimas de violência sexual que buscam o atendimento pelo SUS são pobres, e possuem poucas informações acerca dos seus direitos sexuais e reprodutivos. Assim, as alterações trazidas pelas propostas em análise dificultam ainda mais o acesso ao aborto legal, o que traz diversos riscos à saúde das mulheres vítimas de estupro. Diante dessa situação, mais mulheres serão obrigadas a buscar métodos ilegais e não seguros de aborto, que podem ocasionar complicações e até a morte.

Ainda quanto aos projetos de lei que visam restringir os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres vítimas de estupro, é importante destacar o PL 478/2007, o qual foi desarquivado em fevereiro de 2015. O projeto que dispõe sobre o Estatuto do Nascituro assegura em seu artigo 13 que o nascituro concebido em ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos, sendo-lhe garantida pensão alimentícia no valor de um salário mínimo até completar dezoito anos, conforme estabelece em seu inciso II. Tal proposta ficou conhecida como “bolsa estupro” por restringir o direito da vítima de violência sexual a realizar o procedimento de aborto de maneira legal e segura.

Tais projetos evidenciam que, apesar de todos os movimentos femininos em prol dos direitos sexuais e reprodutivos, da liberdade, da saúde e de outros direitos fundamentais, em pleno século XXI ainda existem nítidas violações e tentativas de restrição à dignidade humana da mulher.

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado ao longo do presente trabalho, o direito ao aborto é abarcado pelos direitos sexuais e reprodutivos e representa nítida proteção a direitos fundamentais da vítima de violência sexual. Sua previsão legal confere a garantia do procedimento de maneira segura, devendo ser oferecidas informações relativas aos direitos e aos serviços sanitários disponíveis, sendo resguardado o sigilo como forma de proteção à mulher.

Em que pese a garantia legal do aborto seguro conferido à vítima de estupro, diversas propostas legislativas apontam em sentido contrário aos avanços já alcançados na busca pela concretização dos direitos humanos.

Destaca-se, dessa forma, a necessidade de incentivar as mulheres para buscarem conhecimento e se mobilizarem, visando à efetivação de seus direitos. Tratando-se de um grupo vulnerável diante da histórica dominância masculina, os movimentos de mulheres que visam assegurar os direitos femininos constituem peça fundamental na efetivação da igualdade de gênero e dos direitos humanos. Sobreleva notar que muitos foram os avanços conferidos à mulher em decorrência dos movimentos feministas, especialmente no que se refere ao reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos.

Além da necessidade de ampliar o acesso das mulheres à educação, informando-as sobre a assistência à saúde conferida à vítima de violência sexual e sobre o procedimento de aborto, de forma a esclarecê-las acerca de seus direitos, sobreleva notar a importância da disseminação de informações a toda a população. Assim, legisladores, operadores do direito e gestores da administração pública devem ampliar seus conhecimentos no que tange à efetivação dos direitos fundamentais.

Desse modo, apenas garantindo-se informações e a possibilidade de realização do procedimento de aborto de forma segura, serão resguardados os direitos sexuais e reprodutivos da vítima de violência sexual, bem como seus direitos à saúde, liberdade, igualdade, de maneira a assegurar a sua dignidade humana.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA PÚBLICA. Dor em dobro. 29 de maio de 2014. Disponível em: <<http://apublica.org/2014/05/dor-em-dobro-2/>>. Acesso em: 20/06/2016.

BARSTED, Leila Linhares. O reconhecimento dos direitos sexuais: possibilidades e limites.

In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010

BRASIL. Ministério da Saúde. Biblioteca Virtual em Saúde. Disponível em: <<http://bvs.saude.gov.br/>>. Acesso em: 25/06/2016.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.508. 1º de setembro de 2005. Dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt1508_01_09_2005.html>. Acesso em: 11/06/2016.

_____. Ministério da Saúde. Prevenção e Tratamento dos Agravos resultantes da Violência Sexual contra mulheres e adolescentes: Norma técnica. 3ª ed. atual. e ampl. Brasília: Ministério da saúde, 2012. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf>. Acesso em: 20/06/2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 478/2007. 19 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>>. Acesso em: 10/06/2016.

_____. Projeto de Lei 6022/2013. 06 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=585806&ord=1>>. Acesso em: 09/06/2016.

_____. Projeto de Lei 6033/2013. 06 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=586008>>. Acesso em: 09/06/2016.

_____. Projeto de Lei 6055/2013. 07 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=586417>>. Acesso em: 09/06/2016.

_____. Projeto de Lei 6061/2013. 08 de agosto 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=586481>>. Acesso em: 09/06/2016.

CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. Direitos humanos das mulheres: doutrina, prática, jurisprudência, modelos, direito comparado, estatísticas, estudo de casos, comentários à Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), legislação internacional e coletânea de normas. Curitiba: Juruá, 2009.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 11. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2015.

JESUS, Damásio de. Direito penal, 2º volume: parte especial; dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAIS, Lorena Ribeiro de. *Senatus*, Brasília - DF, v. 6, n. 1, p. 50-58, maio 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_aborto_impacto.pdf?sequence=6>. Acesso em: 20/06/2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. IV Conferência mundial sobre a mulher. Plataforma de ação. Pequim: ONU, 1995. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/declaracao_pequim.pdf>. Acesso em: 20/06/2016.

_____. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. 18 de dezembro de 1979. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>>. Acesso em: 20/06/2016.

SIEGEL, Reva B. Argumentos baseados na igualdade de gênero em prol dos direitos reprodutivos: fundamentos críticos e a evolução da expressão constitucional. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

VENTURA, Miriam. *Direitos reprodutivos no Brasil*. 3ª ed. rev. atual. Brasília: UNFPA, 2009.

_____. et al. *Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos na Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: ADVOCACI, 2003.

O ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA ATRAVÉS DO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS

José Augusto LEANDRO¹
Laressa ZAMPIERI²

RESUMO

O presente artigo científico possui como tema central o acesso à justiça através do sistema constitucional de garantia de direitos, após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146/2015, que modificou a capacidade civil com revogações de dispositivos do Código Civil sobre os absolutamente e relativamente incapazes, sendo os portadores de deficiência, considerados atualmente, como plenamente capazes no ordenamento jurídico brasileiro. Com a modificação da capacidade civil, expandiu-se o sistema jurídico, impossibilitando a restrição de direitos e de aptidão para o exercício de direitos, através do critério de deficiência psicológica ou biológica. O atual ordenamento jurídico brasileiro está caracterizado pela isonomia das pessoas, não condicionante à capacidade civil, oportunizando maior acesso à justiça e as garantias de direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Pessoa com Deficiência. Capacidade Civil.

ABSTRACT

This scientific paper has as its central theme the access to justice through the constitutional system of rights protection, after the advent of the Person Statute with Disabilities - Law nº 13.146/2015, which amended the civil capacity with the Civil Code provisions revocations about the absolutely and relatively incapable, and the disabled, currently considered as fully capable in the brazilian legal system. With the modification of the civil capacity, expanded the legal system, making it impossible to rights and fitness restrictions on the exercise of rights by the criterion of psychological or biological impairment. The current brazilian legal system is characterized by the equality of people, no conditioning civil capacity, providing opportunities for greater access to justice and rights guarantees.

KEY-WORDS: Access to Justice. Person with Disabilities. Civil Capacity.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.146/2015 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro profundas mudanças no que pertine a capacidade civil das pessoas. Hodiernamente, a tendência das sociedades modernas, assim como da Constituição Federal de 1988, é buscar garantir a

-
- 1 Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Atualmente é advogado - SS Advocacia e Consultoria Jurídica. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho
 - 2 Acadêmica de Direito da Universidade Estadual de Londrina. Atual estagiária do Tribunal de Justiça do Paraná, atuando no Gabinete do Juízo do Juizado Especial Cível, Criminal e da Fazenda Pública do Foro Regional de Rolândia da Comarca da Região metropolitana de Londrina. Monitora acadêmica de Direito Processual Civil. Integrante do projeto de pesquisa - MULTIPARENTALIDADE: sua análise e efeitos jurídicos no Direito de Família e Sucessões.

efetivação da isonomia de direitos e deveres a todas as pessoas, inclusive as com deficiência, prezando pela dignidade da pessoa humana.

Nesta nova conjuntura que hoje se acentua, o presente trabalho visa trazer a evolução histórica das garantias de direitos às pessoas com deficiência, passando de forma breve pelo Código Civil de 1916, que abordava como absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, as pessoas com deficiência, e o de 2002, antes da Lei nº 13.146/2015, que considerava absolutamente incapazes os enfermos ou portadores de deficiência mental.

Como se depreende do presente estudo constatou-se as principais alterações advindas com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, tomando o devido zelo em conceituar capacidade civil de direito e de fato, explanando também a respeito da capacidade plena. Nesse mesmo diapasão, asseverou a respeito das pessoas absolutamente incapazes e relativamente incapazes, analisando paralelamente as mudanças trazidas pela Lei nº 13.146/2015.

Cumprir observar nesse passo, que o presente trabalho tem o objetivo de demonstrar as principais consequências advindas com a atual concepção da capacidade civil, sendo as pessoas com deficiência plenamente capazes para, dentre outros direitos, casar-se e constituir união estável e exercer direitos sexuais e reprodutivos. Frisa-se que as pessoas com deficiência somente serão submetidas à curatela quando necessário e por tempo determinado.

Por derradeiro, tratou-se sobre o acesso à justiça como um direito expresso no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, que dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito e de que o acesso à justiça pressupõe a possibilidade de que todos, sem ressalvas, possam pleitear as suas demandas junto ao Poder Judiciário, desde que satisfeitas as regras estabelecidas pela legislação processual.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O ordenamento jurídico brasileiro é caracterizado pelos aspectos cidadão e democrático, consagrados pela Constituição da República Federativa de 1988, a fim de garantir a efetivação isonômica dos direitos e deveres a todas as pessoas, sem distinção.

Contudo, a igualdade prezada pela atual Constituição, nem sempre foi garantida de forma plena, sofrendo inúmeras alterações legislativas até os dias atuais. Neste enfoque, as pessoas com deficiência sempre foram alvos de discriminação, não possuindo todas as garantias jurídicas e legais de forma integral.

O Código Civil de 1916 abordava como absolutamente incapazes de exercer

pessoalmente os atos da vida civil, as pessoas com deficiência, denominando-os como “loucos de todo o gênero”, conforme respaldava em seu artigo 5º, inciso II.

No ano de 1948, em Paris, foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH. O documento foi a base da luta universal contra a discriminação, prezando pela igualdade e a dignidade das pessoas, bem como pelo reconhecimento de que os direitos humanos e as liberdades fundamentais deveriam ser aplicados a cada cidadão do planeta.

Já a Constituição Federal de 1988, prezando pela dignidade da pessoa humana, em seu artigo 5º, dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

O Código Civil de 2002 respaldou a pessoa com deficiência, como aquela enferma ou portadora de deficiência mental, permanecendo como absolutamente incapaz na ordem civil. Em comparação ao Código revogado, o Código Civil de 2002 apenas utilizou uma linguagem mais rebuscada para referir-se às pessoas que possuem ausência de discernimento, conservando-se o vínculo discriminatório sobre estas pessoas.

No ano de 2006, houve a realização da Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, considerada como marco histórico na garantia e promoção dos direitos humanos de todos os cidadãos e em particular das pessoas com deficiência.

Em 30 de março de 2007, o Brasil assinou o referido Tratado e seu Protocolo Facultativo, o qual foi referendado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 186 em 09 de julho de 2008, ratificado pelo Presidente da República em 1º de agosto de 2008 e promulgado pelo Decreto 6.949 em 25 de agosto de 2009.

Dessa maneira, no ano de 2009 houve a internacionalização no Brasil, da Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, sendo a primeira Convenção que foi aprovada com força de emenda constitucional no país, conforme respalda o § 3º, do artigo 5º, da Carta Constitucional.

A Convenção definiu as pessoas com deficiência como aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas, nos termos do artigo 1º. O propósito da Convenção foi de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os

direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Os Países Partes da Convenção se vincularam ao dever de proibir qualquer discriminação baseada na deficiência e ao dever de garantir, às pessoas com deficiência, pleno exercício de todos os direitos e liberdades. Nesse ínterim, o Brasil editou a Lei Complementar Federal nº 132/2009, incumbindo a Defensoria Pública de exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da pessoa portadora de necessidades especiais.

No mais, recentemente foi sancionada e promulgada a Lei nº 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que alterou de forma significativa a capacidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de promover a igualdade de oportunidades das pessoas com deficiência no gozo e exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais. Igualmente, o Estatuto revogou diversos artigos do Código Civil de 2002 que respaldavam sobre a capacidade e incapacidade civil, com o desiderato de ratificar a inclusão social.

A finalidade das normas previstas no Estatuto dos Portadores de Deficiência vigora na Itália desde 2004, país em que originou a denominada luta antimanicomial, que era o movimento pela cidadania dos loucos. O Código Civil Argentino que passou a vigorar em 2016, também prevê este novo modelo de categoria jurídica.

Deste modo, desde as épocas mais remotas até os dias atuais, as garantias de direitos com a consequente efetivação dos benefícios e vantagens normativas, se obtém de acordo com a capacidade para gerir os atos da vida civil, sendo que as pessoas com deficiência estão sendo tardiamente amparadas de forma plena no ordenamento jurídico brasileiro.

PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A capacidade e incapacidade civil é um instituto legislado desde as épocas mais remotas, servindo como condicionante para a prática dos atos da vida civil, bem como fonte basilar para distinguir as pessoas capazes, das pessoas consideradas como absolutamente e relativamente incapazes.

Contudo, com a sanção e promulgação da Lei nº 13.146/2015, houve alterações substanciais sobre a capacidade civil no ordenamento jurídico brasileiro com a modificação, revogação e acréscimos de dispositivos, a fim de não condicionar as práticas dos atos da vida civil a uma deficiência mental ou psicológica. Por conseguinte, com a modificação da

capacidade civil, várias consequências advieram.

Incapacidade Civil Absoluta e Relativa

A princípio, necessário de faz conceituar pessoa natural, sendo esta o ser humano considerado sujeito de direitos e deveres, conforme preceitua o artigo 1º do CC/2002 que aduz que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Nesse sentido, para ser pessoa basta existir.

Cumprir assinalar que toda pessoa é dotada de personalidade, ou seja, possui capacidade para figurar em uma relação jurídica, bem como tem aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Voltando ao artigo 1º do CC/2002, insta dizer que entrosa o conceito de capacidade com o de personalidade.

De acordo com Tartuce (2016, p. 73), três constatações podem ser extraídas do comando legal supracitado:

A primeira é que o artigo não faz mais menção a homem, como constava do artigo 2º do Código Civil, adaptando-se à Constituição Federal, que consagra a dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, inc. III), assim como fez o artigo 8º do Novo Código de Processo Civil. Trata-se de conquista do movimento feminista, uma das mobilizações efetivas que inaugurou a pós-modernidade jurídica.

A segunda constatação diz respeito à menção a deveres e não obrigações, como do mesmo modo contava do artigo 2º do CC/1916. Isso porque existem deveres que não são obrigacionais, em um sentido patrimonializado, caso dos deveres que decorrem da boa-fé.

Terceira, ao mencionar a pessoa na ordem civil, há um sentido de socialidade, como pregava Miguel Reale.

Depois dessas breves noções preliminares, se faz necessário conceituar capacidade, sendo esta medida da personalidade. A norma prevista no artigo 1º do CC/2002 trata da capacidade de direito ou de gozo, que todas as pessoas possuem, sem distinção, para serem sujeitos de direito e deveres. Na realidade, em havendo pessoa está presente tal capacidade, não importando questões formais, como ausência de certidão de nascimento ou de documentos.

De outra forma, há também a capacidade de fato ou de exercício, que é aquela para exercer direitos e deveres e que algumas pessoas não têm. São os incapazes, especificados pelos arts. 3º e 4º do CC/2002. Nesse sentido, preciosa é a contribuição de Gonçalves (2012, p. 110), que leciona da seguinte forma a respeito da capacidade civil:

Capacidade é a medida da personalidade. A que todos possuem (artigo 1º) é a capacidade de direito (de aquisição ou de gozo de direitos). Mas nem todos possuem a capacidade de fato (de exercício do direito), que é a aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil, também chamada de “capacidade de ação”. Os recém-nascidos

e os loucos têm somente capacidade de direito (de aquisição de direitos), podendo, por exemplo, herdar. Mas não têm a capacidade de fato (de exercício). Para propor qualquer ação em defesa da herança recebida, precisam ser representados pelos pais e curadores.

Inoportuno seria esquecer que capacidade não se confunde com legitimação. Esta é a aptidão para a prática de determinados atos jurídicos. Assim, o ascendente é genericamente capaz, mas só estará legitimado a vender a um descendente se o seu cônjuge e os demais descendentes expressamente consentirem, conforme preceito contido no artigo 496 do CC/2002.

Capacidade também não se confunde com legitimidade, sendo esta última a capacidade processual, um dos pressupostos processuais, prevista no artigo 17 do Código de Processo Civil. Apesar de o legislador utilizar as palavras legitimação e legitimidade como sinônimas, elas não as são. À guisa de exemplo, pode-se citar o artigo 12, parágrafo único do CC/2002, em que trata dos legitimados processualmente para as medidas de tutela dos interesses do morto, fazendo uso do termo legitimação, sendo que o correto seria utilizar legitimidade.

Ademais, necessário a distinção entre capacidade e personalidade, uma vez que esta é a soma de características da pessoa, ou seja, aquilo que ela é para si e para a sociedade. A doutrina afirma que a capacidade é a medida da personalidade.

Em virtude dessas considerações, as pessoas que possuem não só a capacidade de direito ou de gozo como também a capacidade de fato ou de exercício, têm capacidade plena. As que possuem apenas a capacidade de direito ou de gozo tem sua capacidade limitada e necessita de outra pessoa que substitua ou complete a sua vontade – são por isso chamadas de incapazes.

Examina-se nesse passo que no direito brasileiro não existe incapacidade de direito, porque todos se tornam, ao nascer, capazes de adquirir direitos. Existe, portanto, somente incapacidade de fato. Nesse diapasão, incapacidade é a restrição legal ao exercício de atos da vida civil. E pode ser de duas espécies: absoluta e relativa.

Diante da leitura desse texto, jamais se pode perder de vista que a promulgação da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência – inovou e trouxe profundas mudanças em relação à capacidade para exercer os atos da vida civil, conforme se observará mais adiante.

Concepção Atual da Capacidade Civil

Os arts. 3º e 4º do CC/2002 sempre foram os que trataram a respeito da incapacidade civil. O artigo 3º do CC/2002 considerava absolutamente incapazes “I – os menores de dezesseis anos; II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática” dos atos da vida civil;” e “III – os que, mesmo que por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”.

Já o artigo 4º do CC/2002 estabelecia como relativamente incapazes “I – os maiores de dezesseis anos e os menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais, os viciados em tóxico, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;” e “IV – os pródigos”.

Entretanto, trazendo mudanças significativas no ordenamento jurídico brasileiro, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, como já visto anteriormente no bojo deste trabalho, acaba por consolidar ideias constantes na Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, tratado internacional de direitos humanos.

Sendo o Brasil signatário desse tratado internacional, o mesmo entrou em nosso sistema jurídico com efeitos de emenda constitucional, por força do artigo 5º, § 3º da CF/1988 e do Decreto nº 6.949/2009. Prevê o artigo 3º da convenção o princípio a igualdade plena das pessoas com deficiência e a sua inclusão com autonomia, recomendando o dispositivo seguinte a revogação de todos os diplomas legais que tratam as pessoas com deficiência de maneira discriminatória.

As alterações que serão demasiadamente ilustradas são as previstas no artigo 114 do supracitado Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual altera de forma substancial os dispositivos do Código Civil relativos à capacidade civil, revogando todos os incisos do artigo 3º e alterando os incisos II e III do artigo 4º do CC/2002.

Nessa linha de análise, a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o artigo 3º passou a ter redação que preceitua que “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”, assim como o artigo 4º que preceitua que “são incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;” e “IV – os pródigos”.

Com as mudanças elencadas, são absolutamente incapazes somente os menores de 16 (dezesseis) anos, não havendo mais maiores absolutamente incapazes. A outra conclusão não

se pode chegar se não a de que se procurou tutelar a dignidade da pessoa humana das pessoas com algum tipo de deficiência, incluindo-as e deixando de considerá-las como vulneráveis. Conforme nos ensina Tartuce (2016, p. 84), “a dignidade-liberdade substitui a dignidade-vulnerabilidade”.

Importante se faz realçar que todas as pessoas com deficiência que eram tratadas como incapazes no artigo 3º do CC/2002 passam a ser, em regra geral, plenamente capazes, sendo que eventualmente, podem ser tidas como relativamente incapazes, em algum enquadramento do artigo 4º do Código Civil de 2002.

Outra importante mudança pontual foi a que ocorreu também no artigo 4º do CC/2002 em que não há mais menção às pessoas com deficiência no inciso II. O termo “excepcionais sem desenvolvimento completo” foi substituído pelo que já estava previsto no anterior artigo 3º, III do CC/2002, qual seja “aqueles que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”.

Vale nesse momento elencar o artigo 6º da Lei nº 13.146/2015, segundo o qual a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, podendo esta: a) casar-se e constituir união estável; b) exercer direitos sexuais e reprodutivos; c) exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; d) conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; e) exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; f) exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

A respeito dos direitos da pessoa com deficiência, frisa-se que somente será submetida à curatela quando, eventualmente, for necessário, uma vez que o artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em prol da dignidade-liberdade, estabelece que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

Nesse diapasão, a definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às peculiaridades de cada caso, e durante o menor tempo possível. Ainda, os curadores deverão prestar contas, anualmente, de sua administração ao juiz, apresentado o balanço do respectivo ano, bem como afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, conforme o artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Portanto, para que haja a decretação da curatela por sentença judicial fundamentada, há a necessidade de um processo judicial específico, com enquadramento em uma das hipóteses previstas no artigo 4º do CC/2002, especialmente no seu inciso III, devendo o juiz dar preferência para pessoas que possuam vínculo familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

Vale ratificar que o Código Civil de 2002, anterior as alterações trazida no cerne da Lei nº 13.146/15, não protegia a pessoa em si, mas os negócios e atos praticados, em uma visão excessivamente patrimonialista, sendo que, hodiernamente, os absolutamente incapazes devem ser representados, nos termos do artigo 166, I do CC/2002, sob pena de nulidade, assim como os relativamente incapazes devem ser assistidos, sob pena de anulabilidade do negócio jurídico, conforme artigo 171, I do CC/2002.

Em consonância com o acatado, o mesmo preceito legal aduz que à pessoa com deficiência é possibilitada a adoção do processo de tomada de decisão apoiada, inserido no artigo 1.783-A do CC/2002, também pela Lei nº 13.146/2015. A categoria visa o auxílio da pessoa com deficiência para a celebração de atos mais complexos, como no caso dos contratos.

Conforme nos ensina Tartuce (2016, p. 89) à respeito da tomada de decisão apoiada:

[...] é o processo judicial pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

E continua aduzindo:

Por isso, sempre foi correto afirmar que a incapacidade por deficiência mental não se presumiria. A situação da pessoa com idade avançada continua a ser, em regra, de capacidade. Todavia, como se verá, tais pessoas podem ser consideradas relativamente incapazes, enquadradas no novo artigo 4.º, III, do Código Civil, também alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). Cite-se, a propósito, a pessoa com idade avançada que tenha mal de Alzheimer, e que não podem exprimir sua vontade.

Nessa seara, com as devidas mudanças promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, os deficientes mentais serão plenamente capazes, em regra, sujeito ao instituto da tomada de decisão apoiada, apenas para os atos patrimoniais, conforme artigo 1.783-A do CC/2002. Entretanto, para os atos existenciais familiares, o portador de Síndrome de Down, por exemplo, tem capacidade civil.

Principais Consequências da concepção da Capacidade Civil

Através do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146/2015, houve expressivas mudanças na legislação brasileira, acarretando várias consequências no âmbito legal, jurídico e social. Conforme exposto no item anterior, foi extinta a incapacidade absoluta pelo critério psicológico, sendo considerado como absolutamente incapaz, de acordo com o artigo 3º do CC/2002, unicamente o menor de 16 (dezesesseis) anos.

No mais, nos termos do artigo 4º do CC/2002, também houve alterações quanto aos relativamente incapazes, sendo que nos casos excepcionais, aqueles que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, serão considerados como relativamente incapazes e não como absolutamente incapazes como era disposto anteriormente, mesmo que a causa seja permanente. Desta forma, a incapacidade relativa não decorre exclusivamente da deficiência, mas pela impossibilidade de manifestar a vontade.

Nesse sentido, o artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, dispõe que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Deste modo, de forma sintetizada, não existe mais no ordenamento jurídico brasileiro, pessoa absolutamente incapaz que não seja menor de 16 (dezesesseis) anos, restando revogado o inciso II do artigo 3º do CC/2002, que considerava absolutamente incapaz os que por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil.

Assim, todas as pessoas com deficiência mental são consideradas, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, possuindo tanto a capacidade de fato como de direito, cuja finalidade é a inclusão social, reafirmando a dignidade da pessoa humana. Nesse diapasão, com a mudança trazida pelo Estatuto do Portador de Deficiência, em que se consideram todos como plenamente capazes, há inovações quanto o sistema constitucional de garantia de direitos, pois a pessoa com deficiência terá pleno acesso aos seus direitos e suas liberdades fundamentais, sem ser restringido pela discriminação da incapacidade civil.

Sobre o assunto, já havia um entendimento relativizado, tanto que há o Enunciado nº 138 do CJF/STJ, aprovado na III Jornada de Direito Civil, que dispõe que “a vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do artigo 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes”, contanto que demonstrem discernimento suficiente para tanto.

Destarte, o artigo 6º da Lei nº 13.146/2015, dispõe que a deficiência não afetará a

capacidade civil da pessoa no plano familiar, para casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Ademais, considerando a garantia dos direitos de família, ressalta-se a disposição do artigo 1.518 do Código Civil de 2002 que foi modificada, evidenciando que até a celebração do casamento, podem os pais ou tutores revogar a autorização para o matrimônio. Não há mais menção aos curadores, pois não se decreta mais a nulidade do casamento de enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil – artigo 1.548, I, CC/2002.

Dessa maneira, o inciso I do artigo 1.548 do Código Civil de 2002 foi revogado, sendo considerado como válido o casamento do enfermo mental, sem discernimento.

No mais, foi acrescentando um parágrafo ao artigo 1.550 do Código Civil de 2002, que trata da nulidade relativa do casamento, o qual dispõe que a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador, conforme preceitua o § 2º do diploma legal supracitado.

Assim, diante da possibilidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual se casar, também foram alterados dois incisos do artigo 1.557 do Código Civil de 2002, que respaldam as hipóteses de anulação do casamento por erro essencial quanto à pessoa. Foi acrescida uma ressalva no inciso III, dispondo que é anulável o casamento por erro no caso de ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência.

No mais, houve a revogação do inciso IV do artigo 1.557 do Código Civil de 2002, que possibilitava a anulação do casamento em caso de desconhecimento de doença mental grave, que torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.

Pode-se dizer que, com o Estatuto, houve uma ruptura na tradicional separação que reconhecía a todos os seres humanos a capacidade de direito e a limitação da capacidade de exercício desses direitos em razão da condição de deficiência mental. Assim, não há mais impedimento de capacidade civil com fundamento na deficiência.

Nesse sentido, diante das inúmeras alterações legislativas sobre a capacidade civil da pessoa com deficiência e diante das novas garantias de direito, pode-se concluir que o instituto da interdição no sistema civil brasileiro tornou-se medida de exceção, para não nominar em extinção, pois o Novo Código de Processo Civil ainda elenca o seu procedimento.

Neste cenário, considerando que os absolutamente incapazes só são as pessoas menores de 16 (dezesseis) anos, e que os menores de idade não são interditados, pode-se concluir pela extinção do instituto da interdição. Contudo, não há entendimento pacificado sobre o tema, tendo em vista a recente alteração legislativa.

Diante deste novo panorama, os que forem considerados relativamente incapazes, poderão se valer da curatela, a qual será medida protetiva extraordinária, restringida aos atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, devendo ser definida por tempo determinado, conforme respalda o artigo 84, §3º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que preceitua que “a definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível”.

No que concerne a curatela, já houve uma decisão em Santa Catarina da Comarca de Tijucas, pela MM. Juíza Joana Ribeiro da 1ª Vara Cível, aplicando as inovações do Estatuto da Pessoa com Deficiência no processo nº 0300555-54.2015.8.24.0072. A magistrada declarou a incapacidade relativa do curatelado, nomeou a sua esposa como curadora, sob a condição de promover o projeto terapêutico individualizado, e fixou prazo de três anos para futura verificação da condição do curatelado, a fim de aplicar o instituto da tomada de decisão apoiada. No mais, a curadora terá que prestar contas de sua atuação ao Ministério Público, para evitar proveitos econômicos.

Além da curatela, a pessoa com deficiência que possui discernimento, poderá se valer da tomada de decisão apoiada, inovação trazida pela Lei nº 13.146/2015, que consiste no processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhes apoio na tomada de decisões sobre atos de vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessárias para que possa exercer sua capacidade – artigo 1.783-A CC/2002.

No que concerne ao instituto da interdição, há a problematização sobre os processos já transitados em julgado e aqueles que ainda estão em curso, averiguando se a plena

capacidade irá afetá-los ou não. O Professor Stolze (2016) lecionou sobre o assunto, propondo a seguinte solução:

[...] estando em curso um procedimento de interdição – ou mesmo findo – o interditando (ou interditado) passa a ser considerado, a partir da entrada em vigor do Estatuto, pessoa legalmente capaz.

[...] não sendo o caso de se converter o procedimento de interdição em rito de tomada de decisão apoiada, a interdição em curso poderá seguir o seu caminho, observados os limites impostos pelo Estatuto, especialmente no que toca ao termo de curatela, que deverá expressamente consignar os limites de atuação do curador, o qual auxiliará a pessoa com deficiência apenas no que toca à prática de atos com conteúdo negocial ou econômico. O mesmo raciocínio é aplicado no caso das interdições já concluídas. Não sendo o caso de se intentar o levantamento da interdição ou se ingressar com novo pedido de tomada de decisão apoiada, os termos de curatela já lavrados e expedidos continuam válidos, embora a sua eficácia esteja limitada aos termos do Estatuto, ou seja, deverão ser interpretados em novas perspectiva, para justificar a legitimidade e autorizar o curador apenas quanto à prática de atos patrimoniais.

Dessa maneira, os processos de interdição em andamento, deverão ser convertidos para o rito de tomada de decisão apoiada ou deverão prosseguir para a determinação da curatela, obedecidos os limites legais impostos pelo Estatuto. No mais, nos casos de processos já concluídos, os limites da curatela deverão ser interpretados de acordo com a nova legislação, limitando-se aos atos patrimoniais e negociais.

Em suma, em casos excepcionalíssimos, a pessoa com deficiência que não tenha nenhum discernimento, poderá se valer da curatela, a qual será restringida aos direitos patrimoniais e negociais e será determinada por prazo certo. Outrossim, a pessoa com deficiência que tiver discernimento, ainda que reduzido, poderá se valer da tomada de decisão apoiada, também restringida aos direitos patrimoniais e negociais.

Deste modo, o sistema civil brasileiro evidencia atualmente pessoas com capacidade plena; com capacidade submetida à curatela e com capacidade submetida à tomada de decisão apoiada.

Neste diapasão, averígua-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência inovou o sistema jurídico brasileiro, cuja finalidade é a inclusão das pessoas com deficiência, a fim de assegurar a isonomia, não restringindo a capacidade civil por portar algum tipo de deficiência mental ou intelectual.

Contudo, o Estatuto desconsiderou as situações práticas e as consequências que irão advir com a plenitude da capacidade civil, pois o instituto da curatela será utilizada apenas em casos excepcionalíssimos. Será necessário um estudo doutrinário e jurisprudencial para atender os casos peculiares de incapacidade com o advento do Estatuto da Pessoa com

Deficiência, a fim de averiguar o discernimento das pessoas com deficiência para praticar todos os atos da vida civil, sem que haja vício de vontade.

Por conseguinte, conclui-se que as inovações trazidas pelo Estatuto do Portador de Deficiência concretizava o sistema constitucional de garantia de direitos, possibilitando o acesso aos direitos humanos, extinguindo qualquer tipo de discriminação, abrangendo o sistema jurídico brasileiro, permitindo o respeito e aceitação da pessoa com deficiência, no plano da igualdade de oportunidades e efetiva participação de inclusão na sociedade.

O ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

O direito do acesso à justiça como garantia de direito constitucional deve ser abrangido à todas as pessoas, sem distinção. Ninguém pode ser privado de pleitear seus direitos ou de reivindicá-los, por condicionantes impostas pela lei com base em fator discriminatório. O acesso à justiça é uma garantia de direito constitucional, que deve ser zelada e efetivada por toda a jurisdição e por todas as pessoas.

Evolução Histórica do Acesso à Justiça

Uma transformação no estudo e ensino do processo civil tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no conceito de acesso à justiça. Nos estados liberais dos séculos XVIII e XIX, os procedimentos adotados para solução de litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, até então vigorantes. O direito ao acesso a proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação.

De acordo com o que leciona Cappelletti (2002, p. 4):

A teoria era a de que embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática.

Nesse sentido, afastar a “pobreza no sentido legal”, a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições, não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, só podia ser obtida por aqueles que pudessem arcar com seus custos. Dessa forma, aqueles que não pudessem fazê-lo eram condenados responsáveis por sua sorte o acesso formal, mas não efetivo à justiça – correspondia à igualdade formal, mas

não material.

À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o direito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos XVIII e XIX.

Segundo Cappelletti, (2002, p. 4), sobre essa nova realidade:

O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação.

De fato, o direito ao acesso à justiça tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso efetivo à justiça pode, portanto, 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.

O enfoque sobre o acesso, o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos, também caracteriza crescentemente o estudo do moderno direito civil. A discussão teórica e prática, por exemplo, da capacidade civil das pessoas com deficiência frente o Estatuto da Pessoa com Deficiência é tema que garante o efetivo acesso à justiça.

Efetivo Acesso à Justiça das Pessoas com Deficiência

O acesso à justiça é um direito expresso na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, XXXV, que dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Nesse sentido, o acesso à justiça pressupõe a possibilidade de que todos, sem ressalvas, possam pleitear as suas demandas junto aos órgãos do Poder Judiciário, desde que satisfeitas as regras estabelecidas pela legislação processual para o exercício do direito. Este direito significa que o poder legislativo e o poder judiciário não podem cercear as pessoas de pleitearem a efetivação de seus direitos ou a solução de seus litígios.

Nesse ínterim, as pessoas com deficiência, consideradas como absolutamente incapazes, não possuíam o efetivo acesso à justiça, ou eram impedidas de pleitearem seus direitos ou deviam ser representadas pelos seus tutores ou curadores. Contudo, este cenário mudou significativamente após o advento da Lei nº 13.146/2015.

O Microssistema dos Juizados Especiais Cíveis, regulado pela Lei nº 9.099/1995, elenca em seu artigo 8º, que não poderão ser partes no processo instituído por estalei, o incapaz. Assim, o incapaz é impedido de postular nos Juizados Especiais. Todavia, após a flexibilização da capacidade, sendo considerado apenas como absolutamente incapaz, os menores de 16 (dezesseis) anos, as pessoas com deficiência poderão pleitear no âmbito da competência dos Juizados Especiais, tendo em vista que são considerados atualmente, como plenamente capazes.

Contudo, referido artigo não foi revogado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, sendo necessário consolidar entendimento jurisprudencial e doutrinário para pacificar esta divergência legislativa. Se o objetivo do ordenamento jurídico é tender à inclusão social e a reafirmar a igualdade de todos perante a lei, é oportuno o reconhecimento da capacidade civil das pessoas com deficiência para postularem nos Juizados Especiais, devendo ser representadas no caso de curatela ou de tomada de decisão apoiada, a fim de garantir o acesso à justiça, não cerceando os respectivos direitos.

Outro efeito decorrente do Estatuto da Pessoa com Deficiência, hábil a garantir o efetivo acesso à justiça das pessoas com deficiência, é sobre os serviços cartorários, que não poderão cercear os serviços notariais e registrais à pessoa portadora de deficiência, devendo reconhecer sua capacidade legal plena, garantindo a acessibilidade – artigo 83.

O artigo 610, §1º do Novo Código de Processo Civil, respalda que só é possível lavrar escritura pública de inventário e partilha, quando todas as partes forem capazes e concordes, bem como se inexistir testamento válido deixado pelo de cujus. Nos demais casos, será obrigatório o inventário na via judicial. Assim, conforme artigo 610, caput do Código de Processo Civil de 2015, havendo incapaz, deverá ser procedido o inventário judicial.

Todavia, não existe mais absolutamente incapaz no ordenamento jurídico brasileiro, senão o menor de 16 (dezesseis) anos. Data feita, em consonância com o Novo Estatuto, o entendimento é de que as pessoas com deficiência também teriam legitimidade para fazer inventário extrajudicial. No entanto, não há legislação expressa para solucionar o conflito.

Cabe ao Tabelião averiguar cada caso, a fim de analisar o discernimento das pessoas

com deficiência, para realizar validamente o negócio ou ato jurídico, pois sua função é assegurar a segurança dos negócios jurídicos celebrados. Como afirma Letícia Franco Maculan Assumpção, poderá o Tabelião:

[...] exigir os documentos que entender necessários para formar a sua convicção sobre lucidez da pessoa deficiente, podendo requerer apresentação de atestados médicos e, permanecendo a dúvida, poderá levar a questão ao Juiz competente para Registros Públicos para decisão. Nesse ponto, apesar do conteúdo da nova lei, NADA MUDOU. A Lei nº 8.935/94, específica para Notários e Registradores, continua, como antes, exigindo lhes que garantam a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Assim, deve o Tabelião averiguar o discernimento da pessoa com deficiência, providenciando as medidas cabíveis, a fim de não gerar nulidade no ato celebrado em decorrência de vício de vontade e, a fim de garantir a segurança dos atos jurídicos.

Na hipótese da pessoa com deficiência ser auxiliada pela tomada de decisão apoiada, também deverá ser admitida a realização de inventário extrajudicial, tendo em vista que a pessoa continua plenamente capaz, desde que na realização do ato, também compareçam os apoiadores nomeados judicialmente – §§ 4º e 5º, artigo 1.783-A do Código Civil de 2002.

Já na hipótese, em que o herdeiro seja pessoa com deficiência qualificada pela curatela, não parece possível a lavratura de escritura pública de inventário e partilha. Considerando que se trata de pessoa relativamente capaz, está afastada a aplicabilidade do dispositivo legal referente às escrituras públicas de inventário e partilha, pois exigem capacidade plena.

Dessa maneira, a restrição imposta no §1º do artigo 610 do Novo Código de Processo Civil, deve-se limitar apenas as pessoas consideradas como relativamente incapazes, que serão aquelas representadas ou assistidas, sendo necessária a utilização da via judicial para proceder o inventário e a partilha.

Este mesmo entendimento é cabível nas matérias de renúncia e testamento no âmbito civil. O artigo 1.086 do Código Civil de 2002, respalda que a renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial, sendo irrevogável determinado ato – artigo 1812, CC/2002. Dessa maneira, a renúncia feita por instrumento público pela pessoa com deficiência, deve ser considerada válida, nos termos da Lei nº 13.146/2015.

Outrossim, em relação ao testamento, o artigo 1.857 e o artigo 1.860 do Código Civil de 2002 dispõem que para dispor em testamento, da totalidade dos bens ou de parte deles, a pessoa deve ser capaz, ressaltando que os incapazes e os que não tiverem pleno discernimento

não podem testar.

Todavia, patente ordenamento jurídico não existem mais incapazes, apenas relativamente incapazes, existindo um conflito normativo. Para isto, deve-se seguir o entendimento anterior, de que todas as pessoas capazes podem testar, inclusive a pessoa com deficiência, bem como aquela que tem apoiadores na tomada de decisões patrimoniais e negociais, devendo estes estarem presentes no ato do testamento, pois são pessoas de confiança do testamenteiro.

Haverá a restrição de testar, apenas ao relativamente incapazes, pois estes necessitam da curatela, ficando impedidos de realizar o testamento a fim de evitar eventuais vícios de vontade. Mais uma vez, caberia ao Tabelião averiguar o discernimento das pessoas com deficiência, para evitar futuras nulidades.

Salienta-se outro aspecto de grande relevância, que interferirá no acesso à justiça das pessoas com deficiência, é em relação ao instituto da prescrição. O Código Civil de 2002, em seu artigo 198, inciso I, elenca que não corre a prescrição contra os incapazes que se trata o artigo 3º. Dessa maneira, considerando que atualmente o artigo 3º, refere-se apenas aos menores de 16 (dezesesseis) anos, entende-se que correrá prescrição para as pessoas com deficiência, pois são consideradas como plenamente capazes.

Isto posto, as inúmeras disposições legislativas que se referem a incapacidade, serão afetadas pelo advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, cujo desiderato é propiciar a inclusão social e a igualdade das pessoas com deficiência em todos os âmbitos civis, em primazia ao acesso à justiça, com a efetivação de seus direitos.

CONCLUSÃO

Com o término deste trabalho, conclui-se que o ordenamento jurídico está cada vez mais expandindo a igualdade de direitos, a fim de garantir tratamento isonômico a todas as pessoas, em iguais condições, cujo escopo é permitir a inclusão social e o efetivo acesso à justiça e à garantia de direitos.

Com a inovação legislativa trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência em consonância com as Convenções Internacionais, mudou-se significativamente a capacidade civil no Brasil, cujo desiderato é extinguir a discriminação e efetivar o direito à todas pessoas em plena igualdade.

Por conseguinte, através de uma metodologia doutrinária e legislativa sobre o

assunto, tendo em vista a ausência de um entendimento pacificado sobre o tema, conclui-se que o nosso sistema atual, dispõe sobre os plenamente capazes, os capazes sob curatela e os capazes assistidos pela tomada de decisão apoiada. Só pode se considerar absolutamente incapaz o menor de 16 (dezesseis) anos, extinguindo-se, por consequência, a figura do incapaz sem o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil.

Neste diapasão, várias disposições legislativas referentes a capacidade civil, sofreram modificações, ainda que de forma implícita, como o instituto da interdição, da curatela, da prescrição, do casamento, da legitimidade em propor ações judiciais, dentre outros.

Contudo, ao inovar o sistema legislativo e jurídico, deve-se ter uma atenção especial e significativa quanto às consequências práticas e seus efeitos, pois a garantia isonômica pode acarretar prejuízos à aqueles que possuem necessidades diferenciadas e especiais em seu discernimento para a prática de determinados atos da vida civil.

Por fim, espera-se que as modificações e inovações trazidas pela Lei nº 13.146/2015, junto aos entendimentos doutrinário e jurisprudencial, oportunizem de forma efetiva o tratamento isonômico dos portadores de deficiência, possibilitando o pleno acesso aos seus direitos, sem que acarrete eventuais prejuízos nos atos da vida civil.

REFERÊNCIAS

ASSUMPTÃO, Letícia Franco Maculan. O estatuto da pessoa com deficiência sob a perspectiva de notários e registradores. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=Njc3MA>>. Acesso em: 03 jun. 2015.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 01 jun. 2016.

BRASIL. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 jun. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 01 jun. 2016.

CANHEU, Gustavo Casagrande. Inventário extrajudicial e herdeiro com deficiência: efeitos da lei nº 13.146/2015. Disponível em: <http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26272:artigoinventarioextrajudicialherdeirocom-deficienciaefeitosdalei>. Acesso em: 02 jun. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. Acesso à justiça. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

DIDIER Jr. Fredie. Editorial 187 – Estatuto da pessoa com deficiência, código de processo civil de 2015 e código civil: uma primeira reflexão. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial187/>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

OLIVEIRA, Erival da Silva. Direito constitucional: direitos humanos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015ago10/processofamiliarlei13146acrescentaconceitocapacidadecivil?imprimir=1>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

ROSSI, Elvis. A Capacidade Civil Alterada Pela Lei 13.146/15. Disponível em: <<http://elvisrossi.blogspot.com.br/2015/07/acapacidadecivilalteradapelalei.html>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

STOLZE, Pablo. É o fim da interdição? Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

STOLZE, Pablo. Estatuto da Pessoa com Deficiência e sistema de incapacidade civil. Revista Jus Navigandi, Teresina, n. 4411, 3º jul. 2015.

TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 1.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e confrontações com o Novo CPC. Parte I. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 6. ed. São Paulo: Forense, 2016.

O CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO MORAL AOS DANOS PERPETRADOS POR ALIENAÇÃO PARENTAL

Vanessa Caroline Assis CAPI
Felipe Augusto Rodrigues AMBROSIO¹

RESUMO

O reconhecimento do cabimento de indenização moral aos danos que sejam perpetrados por práticas de alienação parental enseja o estudo de questões multidisciplinares, devendo ser analisado por aspectos jurídicos, sociais, psicológicos e antropológicos. Não obstante seja uma conduta corriqueira nas realidades familiares em que há o desfazimento do vínculo conjugal, ou até mesmo nas quais há a convivência conjunta, mas em constantes conflitos, a alienação parental sofre um déficit de atenção por parte do Judiciário e também pela sociedade, que não a encara com a devida seriedade e preocupação que lhe pertence. O alienado tem de sofrer injustamente com a falsa imagem que é inserida na percepção de seu rebento, na maioria das vezes, por motivo injustificado do alienante, que por não aceitar o término da relação conjugal, encontra na alienação parental, a vingança mais dolorida para o alienado. A síndrome da alienação parental não prejudica somente o íterim do alienado, mas também, invalida o direito da criança em ter um convívio harmônico com seus genitores, violando o princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, sendo merecedora de repressão estatal e da cominação de indenização ao prejudicado. O método de pesquisa a ser utilizado no presente artigo é qualitativo, de caráter bibliográfico, documental e analítico.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação Parental; Indenização Moral; Responsabilização Civil.

ABSTRACT

The recognition of the pertinence moral compensation to damages that are perpetrated by parental alienation practices entails the study of multidisciplinary issues, should be reviewed by legal, social, psychological and anthropological. Nevertheless it is a trivial conduct in family situations where there is the abolishment of the marriage bond, or even where there is joint coexistence, but in constant conflict, parental alienation suffers attention deficit by the judiciary and also by society, not the views with due seriousness and concern that belongs to you. The alienated has to suffer wrong with the false image that is inserted in the perception of their offspring, most often, by alienating the unjustified reason, that by not accepting the end the marital relationship is the parental alienation, the most painful revenge for the alienated. The parental alienation syndrome does not only affect the interim alienated, but also invalidates the right of the child to have a harmonious living with their parents, violating the principle of Integral Protection of Children and Adolescents, being worthy of state repression and the injured indemnity sanction. The research method to be used in this article is qualitative, of bibliographical, documentary and analytical.

KEY-WORDS: Parental Alienation; Moral Damages; Civil Liability.

1 Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Campus Jacarezinho, da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Área de Concentração - Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa - Função Política do Direito. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP- Campus Jacarezinho) (2014). Bolsista da CAPES.

INTRODUÇÃO

A família, como prevê a Constituição Federal de 1988, é a base da sociedade, por isso, merece especial proteção do Estado. Isso porque, como se sabe, nesse ambiente são promovidas as primeiras experiências de vínculo, as quais servirão de base para os relacionamentos que se estabelecerão posteriormente. Assim, permanência, coesão e estabilidade familiar são vistos como fatores de proteção no curso do desenvolvimento infantil.

Ocorre que, muitas vezes, os relacionamentos estabelecidos no ambiente familiar têm se interrompido, de modo a trazer uma gama de prejuízos à criança ou adolescente. Uma das patologias que as rupturas familiares podem provocar é a alienação parental, objeto de abordagem deste artigo. É incontestável a relevância da discussão acerca da Síndrome da Alienação Parental (SAP) na atualidade; esta vem sendo discutida por profissionais de saúde mental que atuam na clínica, e especialmente aqueles que lidam no ambiente forense.

Apesar de a alienação parental, hodiernamente, mostrar-se cada vez mais presente na realidade familiar, ela ainda é carente de amparo jurídico para a efetivação da responsabilização pelos danos perpetrados contra o alienado, seja pelo silêncio doutrinário ou jurisprudencial.

A alienação parental pode ser caracterizada como incremento de falsas ideias contra um dos genitores, em que o alienante utiliza-se do próprio filho como instrumento da alienação parental.

É evidente que na fase de dissolução conjugal há uma grande desestruturação familiar, no entanto, é inadmissível que o princípio de Proteção Integral da Criança e do Adolescente seja afetado, e muito menos, que estes sejam utilizados como instrumento de vingança naquela relação que já se findou; afinal, é direito tanto do menor quanto do alienado terem uma convivência harmoniosa e saudável, que não deve ser interferida por problemas advindos da relação conjugal.

A Alienação Parental tem tratamento legislativo através da Lei 12.318/2010, com o objetivo principal de conferir maiores poderes aos magistrados, a fim de proteger os direitos individuais da criança e do adolescente, vítimas dos abusos cometidos por um dos genitores. Tal disposição legal tem como fundamentação a proteção da dignidade da criança e adolescente, bem como, o reconhecimento do seu direito em ter uma convivência familiar.

Ainda que apresente positividade legislativa recente, as práticas de alienação parental são um problema que se faz presente há muito tempo nas relações familiares, sendo demarcada pela primeira vez na década de 80 pelo psiquiatra infantil Richard Gardner.

O reconhecimento de atos de alienação parental deverá ser aferido por meio de uma equipe multidisciplinar a fim de concretizar maior eficiência em seu tratamento.

Deste modo, quando constatadas as práticas de alienação parental deve-se reprimi-las a fim de proteger a vivência entre o alienado e o infante, responsabilizando o alienante pelos atos e consequências que geram na relação familiar, cominando a ele a prestação de indenização moral por violar um dever de proteção conferido pelo poder familiar, por transgredir um direito da criança de convivência pessoal assegurado pela Carta Magna em seu artigo 277 e ainda por ofender a honra objetiva do alienado. Assim, a punição tem uma natureza tripla, coibindo os atos do alienante, os danos ao alienado e ao filho.

OS PRINCIPAIS REFLEXOS DA DISSOLUÇÃO CONJUGAL NA FILIAÇÃO

Ao término de uma relação marital, muitos interesses entram em divergência, chocando-se os anseios pessoais, econômicos e sentimentais dos ex-cônjuges. No entanto, o que mais é afetado nesta dissolução, com certeza é a realidade diária do filho, fruto desta convivência que agora se esgota. Inúmeros pensamentos, medos e incertezas tomam conta daquela mentalidade insegura diante do término da relação dos pais.

É compreensivo e bastante costumeiro, que por certo período, sentimentos de aversão façam-se presentes entre os ex-companheiros, no entanto, muitas vezes esses sintomas persistem por um grande tempo e ultrapassam a esfera dos ex-cônjuges, repercutindo na relação entre pais e filhos.

Não há atitude de maior desamor do que exigir que o filho seja um mediador no processo de separação e principalmente convencê-lo a assumir um lado, como se esta situação fosse um “jogo”, no qual um cônjuge precisa ganhar o amor do filho e o outro perdê-lo.

O filho, ainda mais em uma situação de inconstâncias psicológicas, como é a fase da separação conjugal, precisa de amparo e proteção dos dois, que não percebem que o maior prejudicado com este “jogo de vingança” é o próprio infante.

Segundo ensinamentos de Maria Berenice Dias:

"Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, quando um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, surge o desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro." (2010, p. 455.)

Este processo de desmoralização e descrédito do ex-parceiro a que se refere Maria Berenice Dias, não poderá contaminar a relação entre pais e filhos, ficando restrito tão somente às relações pessoais dos ex-cônjuges, uma vez que, a separação marital não enseja a separação do afeto pelos filhos e principalmente, o desamor dos filhos em relação aos pais.

Hodiernamente, a alienação parental também é chamada de “implantação de falsas memórias”, pois incute uma imagem destrutiva do ex-cônjuge, causa ao menor danos psíquicos irreversíveis, com consequências nefastas.

Marco Antônio Garcia de Pinho, explica que

“ao destruir a relação do filho com o pai, a mãe entende que assume o controle total e atinge sua meta: que o pai passe a ser considerado um intruso, um inimigo a ser evitado, e que o filho agora é propriedade somente dela”([201-?])

Importante salientar, que a alienação parental não se restringe aos casos em que o filho está sobre a guarda de apenas um dos genitores, pois, independentemente de a guarda ser compartilhada, regra inserida pela Lei 13.058/2014, a prática da alienação parental é plenamente possível, uma vez que, ela pode ocorrer até mesmo quando ambos os cônjuges ainda residem na mesma casa.

Muitas vezes, há até a cominação de abuso sexual contra o menor, a fim de que, seja retirada a possibilidade de convívio do genitor alienado com seu filho. Assim, a alienação parental interfere de modo direto na concessão da guarda compartilhada, importante instrumento para a formação pessoal do menor.

Com o objetivo de vingança e com o intuito de atingir o âmago do antigo parceiro, um dos genitores acaba por utilizar-se do filho como instrumento desta prática tão perversa.

Maria Berenice Dias (2010. p. 433) descreve o cenário da separação e os seus reflexos na vida dos infantes:

“Falar em guarda de filhos pressupõe a separação dos pais. Porém, o fim do relacionamento dos pais não pode levar à cisão dos direitos parentais. O rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade de convivência dos filhos com os genitores. É preciso que eles não se sintam objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos pais.” (2010, p. 433.)

Implantando falsas impressões e alegando fatos aleatórios e inverídicos, o genitor alienante faz com que o filho passe a nutrir uma repulsa contra o genitor alienado, prejudicando a convivência familiar, tão necessária para seu desenvolvimento.

Leila Maria Torraca de Brito nos elucida:

“Pesquisas mostram que muitas alterações nas vidas dos filhos decorrentes do divórcio dos pais não foram passageiras, sugerindo que a redução acentuada no

relacionamento com um dos genitores, geralmente o pai, acarretou sentimentos e vivências de perda no relacionamento anos depois. Para muitos, o maior impacto foi essa desestabilização no relacionamento com o pai, quer seja por um período de tempo, quer seja ao longo de suas vidas. Aqueles que mantiveram um estreito contato com ambos, frequentando as duas casas, mostraram menor desgaste emocional com o divórcio dos pais." (BRITO,2007, p. 44).

Deste modo, a Proteção Integral da Criança e do Adolescente é amplamente afetada, afinal, os pais voltam-se às suas necessidades pessoais de represália e de provocação, ao invés de concentrar-se na atenção e apoio aos filhos para que superem esta fase de grandes mudanças e inconstâncias.

Todos que conviveram ou presenciaram de perto uma situação de separação conjugal perceberam de modo evidente e manifesto que é mais do que comum que os ex-companheiros, que detinham uma vida harmoniosa, passam a conceber um sentimento de ódio, desconsiderando o período sintônico de antes. E o que preocupa de fato é quando os filhos são inseridos neste encadeamento de conflitos, influenciados por um deles a também sentir ódio pelo outro.

Estes pais não compreendem que o que se findou foi a relação conubial, mas que a dependência de cuidado, proteção, amor e afeto que possuía antes o filho, ainda continua a mesma ou até maior do que anteriormente à separação.

É neste cenário que nasce a Alienação parental, em que o genitor, numa fase de dissolução conjugal, utiliza-se do filho para atacar os sentimentos do outro, implantando uma imagem descabida do ex-parceiro ao rebento, para que nutra um sentimento de repulsa e aversão ao seu genitor.

ASPECTOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A Alienação parental tem se mostrado como uma prática bastante costumeira no ambiente familiar que é afetado pela dissolução conjugal, levantando diversos questionamentos nos últimos tempos.

A referida prática foi conhecida cientificamente na década de 80 pelo Professor de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia (EUA), Doutor Richard Gardner, definindo-a como uma espécie de Síndrome:

“A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o

genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável." (GARDNER, 2002, p. 95)

A alienação parental é fenômeno psicológico característico das famílias desestruturadas, que foi recentemente positivada no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei 12.318/10, de agosto de 2010.

A Alienação parental consiste basicamente em desconstituir ardil e dolosamente a figura de um dos genitores da criança, em que ela é usada ao mesmo tempo como instrumento e finalidade do ato. Cumpre ressaltar, que a figura do alienador não se resume unicamente no genitor, mas também aos avós, tios e qualquer um que tutele ou que tenha a guarda do menor e o queira privar do convívio com o outro.

Maria Berenice Dias traz em sua obra trechos dos relatórios apresentados por uma Assistente Social em caso de alienação parental, vejamos algumas das passagens:

Relatório 16/2005:

"A pedido de Luíza, brincamos de "mãe e filha"; onde ela era "minha mãe" e eu a "filha dela", durante a brincadeira ela me dizia que eu (a filha) teria que ser uma filha boazinha, se não ela (a mãe) iria morrer e "eu iria morar com uma família muito ruim. Seria a família do meu pai e que meu pai ia colocar o dedinho na minha bundinha e no meu xixi". Após falar isto, ela me beijou e disse: "Não é verdade! É minha mãe Gislaine que me diz isto quando eu não obedeco". E mudamos a brincadeira." (2005, p. 379-380)

Relatório 21/2005:

"(...) ela [Luiza] alterna momentos de extrema felicidade com momentos de tristeza, chora e xinga todo mundo: "você quer me tirar da minha mãe". Continuo preocupada, desde que aceitei o caso, com as condições psicológicas da Luíza. (...) Quando a Luiza viaja comigo ela chega mais tranquila, ela conversa o tempo todo, conta da escolinha, das coleguinhas, da mãe, etc., pede para que eu não conte que ela "ama o pai" porque sua mãe fica "muito braba".(2005, p. 390)

Relatório 22/2005:

"A menina brinca, corre, abraça e beija o pai, quando lembra pede que eu "não comente com a fada" pois sua mãe diz que ela "só é amada pela mãe e só pode amar a mãe. A menina disse: 'eu amo meu pai mas digo para minha mãe que não gosto, para ela não me bater'. (...) No relatório 24/2005, com data de 7-10-2005 (fls. 396-397), após ter passado alguns dias na casa de sua avó paterna, com ótimo relacionamento com os familiares, inclusive chorando abraçada ao pai e solicitando ficar mais alguns dias em sua companhia, a infante na viagem de retorno solicita à assistente social: por favor não coloca no relatório que eu chorei [para ficar], que eu estava feliz, diz que eu chuto minha avó, que bato no Felipe [primo], porque se não minha mãe fica braba e todos os dias me fala o que tu colocou no relatório."(2005, p. 391)

Relatório 25/2005:

"O que posso perceber é que a menina demonstra muito medo de sua mãe, diz que

“não pode conversar comigo pois a mãe diz ter um anjo que lhe conta tudo”, isso intimida a menina tanto, que perto de chegarmos em Santa Vitória ela começa a ficar agitada e apreensiva, fala no meu ouvido com medo que o 'anjo possa ouvir'.”(2005, p. 399)

Relatório 28/2005:

“Luiza chorava muito e não queria ir comigo, queria que a mãe fosse junto. Como não parava de chorar, falei com a Sr.^a Gislaine para que ficasse com a menina, pois estávamos atrasando a saída do ônibus. (...) O episódio do embarque me pareceu ter sido provocado pela mãe de Luiza, que continua fazendo uma espécie de “terrorismo psicológico”, pois, além de dizer para filha que “faltava pouco para que esta situação se resolva e ela não vai precisar ir mais”, a mãe levou a Luiza para a rodoviária acompanhada de babá com as duas filhas pequenas, a Luiza chorava e dizia que “a mãe e as meninas vão tomar sorvetes e brincar com meus brinquedos”. Cinco minutos depois que saiu o ônibus ela já não chorava mais. Falou-me que ela “queria ir para casa da avó, mas se a mãe descobre ela me bate”, ou seja, na frente da mãe (possivelmente por medo) a Luiza chora e diz que não quer ir, longe da mãe ela se solta e fica feliz em viajar, mas aí também fica com medo porque a Assistente Social vai contar, “nos papéis ou no relatório”, que ela está feliz. Ela disse ainda: “tenho que fazer isso (chorar), dizendo que não quero vir porque se não a minha mãe me bate e me xinga, diz que eles vão me levar embora e eu não vou mais ver ela. Ela não gosta da gente e do pai, por isso tenho que chorar para não vir”.(2005, p. 403-404).

Com a leitura desses relatos reais de um caso de alienação parental, percebe-se o quão gravoso e inaceitável demonstra-se esta prática, sendo merecedora de uma maior atenção e preocupação por parte daqueles que detém o poder de repressão. O alienador promove uma campanha de repelência contra aquele que é necessário na formação do filho, tão somente, para atingir seus anseios pessoais e ferir a pessoa com a qual não convive mais. Força-se o filho a não sentir afeto por um dos seus genitores e a sentir-se culpado e errado por querer estar perto.

Sylvia Amaral traz a seguinte disposição:

“O guardião alienador busca incutir no filho que seu não guardião é pessoa repudiável. Impede a visita mesmo em dias determinados judicialmente, faz falsas acusações, muitas vezes gravíssimas, de abuso sexual. Impede contatos telefônicos entre o filho e o guardião, enfim, denigre a imagem da outra parte sem qualquer embasamento, que não sua vingança. Firma-se nesse momento, o sentimento de abandono, de rejeição, de desequilíbrio da criança e, relação a seu pai, não raro inocente, que não consegue exercer a paternidade em plenitude.” (2009, p. 12).

Tal prática é cruel, insensata e desumana tanto em relação àquele que genitou, quanto à criança, que não possui consciência e meios de percepção para aferir que as imputações realizadas são frutos de atitudes incongruentes de quem quer se utilizar do próprio filho para uma vingança pessoal.

Nesse sentido, afirma Maria Antonieta Pisano Motta que

“O tempo passa e perícias em geral são demandadas, no entanto o vínculo está

rompido e dificilmente voltará a ser o mesmo, pois em geral meses ou até anos se passam antes que ele possa ser restaurado e as crianças possam ter a oportunidade de verem corrigidas as distorções apresentadas pelo genitor alienador” (2007, p. 35.)

Em muitos casos, a percepção que a criança adquire em relação ao genitor alienado persiste em sua memória até mesmo depois de adquirir a idade adulta, somente conseguindo retomar uma convivência familiar após anos e anos de entejo contra ele, e isto, se conseguir um dia retomar.

DIFERENÇAS ENTRE ALIENAÇÃO PARENTAL E SAP - SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Ainda de sejam intimamente ligados os conceitos de ambas as expressões, eles não são sinônimos e ensejam sua diferenciação.

A alienação parental é um conjunto de atos consecutivos de desconstituição da figura parental de um dos genitores do infante, é a prática dolosa ou não, que consiste em nutrir no menor um sentimento de repulsa contra o outro genitor. Embora sejam em sua maioria, os atos de alienação parental não se restringem aos genitores, podendo ser efetivados por avós, tios, tutores ou qualquer outra figura que detenha o cuidado do menor.

Por outro lado, a Síndrome da Alienação Parental é a consequência que se cria através dos atos de alienação anteriormente praticados, são os efeitos emocionais e as condutas comportamentais que são geradas na pessoa do menor.

Para Richard Gardner (2002, p. 03), a SAP é um conjunto de sintomas que aparecem nas crianças geralmente juntos, advindos de atos de alienação parental. Esses incluem a campanha denigratória contra o outro alienado, racionalizações fracas para a depreciação, falta de ambivalência, apoio automático ao genitor alienador, ausência de culpa sobre a crueldade contra o genitor alienado, presença de encenações "encomendadas" e propagação de animosidade aos amigos e/ou família extensa do genitor alienado.

A Dra. Alexandra Ullmann, psicóloga e advogada, faz uma importante observação:

“Alguns entendem a Alienação como uma Síndrome por apresentar um conjunto de sintomas a indicar uma mesma patologia, enquanto que outra corrente exclui o termo Síndrome da definição por determinar que, como não há ‘reconhecimento’ da medicina nem código internacional que a defina, não pode ser considerada uma Síndrome. Fato é que independentemente de ser ou não uma Síndrome, assim subentendida, o fenômeno existe e cada vez mais é percebido e verificado independentemente de classe social ou situação financeira.”

Para Richard Gardner:

“Sua manifestação preliminar é a campanha denigratória contra um dos genitores,

uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinaçção das instruçções de um genitor (o que faz a lavagem cerebral, programaçção, doutrinaçção) e contribuiçções da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada e, assim a explicaçção de Síndrome de Alienaçção Parental para a hostilidade da criança não é aplicável." (2002, p.97)

É forçoso esclarecer tal terminologia: a Alienaçção Parental (AP) caracteriza o ato de induzir a criança rejeitar a mãe/pai alvo, com esquivas, mensagens difamatórias, até o ódio ou acusaçções de abuso sexual. Já a Síndrome da Alienaçção Parental (SAP) é o conjunto de sintomas que a criança pode vir ou não a apresentar, decorrente de atos de alienaçção parental.

A síndrome da alienaçção não se confunde, portanto, com a mera alienaçção parental. Aquela geralmente é decorrente desta, a alienaçção parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome da alienaçção parental, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores, que já sofre as mazelas oriundas daqueles rompimentos, a alienaçção parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho (FONSECA, 2006).

Identificados os atos de alienaçção parental, é possível que eles sejam coibidos para que não efetivem a SAP, uma vez que, a partir do momento em que esta se instala, os efeitos são dificilmente revertidos, ou em momento muito posterior ao início da alienaçção.

DISPOSIÇÇÕES LEGISLATIVAS ACERCA DA ALIENAÇÇÃO PARENTAL

À medida que a alienaçção parental foi se mostrando cada vez mais presente nos casos que surgiam nos Tribunais brasileiros, houve a necessidade de uma previsão legislativa que direcionasse este novo conflito familiar.

As legislaçções anteriores tratavam-se do tema em um aspecto mais genérico e superficial, enfatizando o princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente (a exemplo do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente).

No dia 27 de agosto de 2010 foi publicada a Lei 12.318/10, tendo como justificativa a dificuldade que os operadores do direito vinham enfrentando pela carência legislativa sobre os casos com características semelhantes que surgiam no Judiciário, quais sejam: a tentativa de um dos genitores em denegrir a imagem do outro em relaçção aos filhos, usando isto como

artifício para anseios pessoais.

O autor do projeto de lei que deu origem à referida, Elízio Luiz Perez, assevera que o Poder Judiciário não se encontra preparado ou aparelhado para lidar com os conflitos familiares nos quais os filhos são usados como instrumentos nas divergências entre os pais, e ainda se encontra o desconhecimento do assunto por muitos psicólogos. Para ele, os excessos psicológicos, como a alienação parental, são vistos de forma minimizada, reducionista como se fosse um desentendimento passageiro entre o ex-casal, ou então há o preconceito velado de que, se o pai/mãe está sendo vítima de situação semelhante, é porque de certa forma “merece” passar por isso.

Como principais motivos para elaboração do projeto de lei, destacam-se: a tentativa de se afastar a “cegueira” do Estado acerca da alienação parental, opondo-se à alegação de que, se não estiver tipificada, ela não existe; a maior segurança concedida aos operadores de Direito em razão da tipificação do ato para caracterizá-la e então tomar as medidas jurídicas cabíveis; o estabelecimento de um caráter preventivo, o de que tal conduta é reprovável e, se for praticada, ensejará uma firme atuação do Estado; favorecimento da aplicação de medidas conciliatórias, como a mediação; estabelecimento (ou restabelecimento) da igualdade parental, do convívio equilibrado da criança com o pai e a mãe.

Oportuno enaltecer que a Lei 12.318/10, em seu artigo 3º, expressamente alerta que a prática de alienação parental fere direito fundamental da criança e do adolescente ao convívio familiar saudável, direito este tutelado no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 226 da Constituição Federal.

Ressalta-se que, apesar de a referida Lei denominar “alienado” aquele que sofre a alienação parental, entende-se que tal colocação foi equivocada, vez que, “alienado” é aquele que não possui uma percepção verdadeira dos fatos, ou seja, esta denominação se compreende melhor ao filho, que através dos atos denigatórios do genitor alienante adota uma postura indevida em relação ao outro genitor, que encontraria melhor denominação com termo “vitimado”, deixando a intitulação “alienado” para o rebento.

A Lei 12.318/10 traz um rol exemplificativo de maneiras de se realizar alienação parental em seu artigo 2º, que dispõe da seguinte maneira:

“Art. 2º- Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único - São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos

assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós."

Assim, a Lei 12.318/10 reforça os preceitos elencados na Constituição Federal e no ECA, assegurando o direito da convivência familiar harmônica para a concretização do desenvolvimento pessoal do menor.

O art. 4º da lei aduz que, declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso. Segundo o parágrafo único do artigo em comento, assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas (BRASIL, 2010).

O art. 5º, ainda, dispõe que, em havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial (BRASIL, 2010).

A alienação parental não é tipificada como crime. Consoante se observa, o artigo 6º da Lei 12.318/2010 previu algumas medidas protetivas que podem ser determinadas pelo juiz após a constatação de atos típicos de alienação parental, de acordo com a gravidade do caso (BRASIL, 2010). Mesmo dispositivo traz ainda o cabimento da responsabilização civil nos casos de alienação parental, ainda que isto se mostre amplamente tímido na doutrina e nos entendimentos jurisprudenciais.

Valioso ressaltar que o art. 6º da lei traz determinados instrumentos processuais

aptos a inibir ou atenuar os efeitos da alienação parental, assim que caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, de forma cumulativa ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal, todos eles segundo a gravidade do caso.

São eles: declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; estipular multa ao alienador; determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; declarar a suspensão da autoridade parental (BRASIL, 2010).

De grande valia é o preceito trazido pelo parágrafo único no art. 6º da referida lei, que permite a inversão pelo juiz da obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar, quando caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar.

Aliás, dispõe o art. 7º que a atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada (BRASIL, 2010).

Ainda que os posicionamentos jurisprudenciais sejam esparsos, é necessário que o Judiciário comece a dar relevante valor aos graves danos que são perpetrados por este ato, analisando através de uma equipe multidisciplinar todos os pressupostos que ensejam a alienação parental, para que de modo efetivo e eficiente, puna aquele que aliena dolosamente o ex-cônjuge do convívio com o filho.

Nesta seara, defende Priscila M. P. Fonseca:

“É imperioso que os juízes se deem conta dos elementos identificadores da alienação parental, determinando, nesses casos, rigorosa perícia psicossocial, para então ordenar as medidas necessárias para a proteção do infante. Observe-se que não se cuida de exigir do magistrado – que não tem formação em Psicologia – o diagnóstico da alienação parental. No entanto, o que não se pode tolerar é que, diante da presença de seus elementos identificadores, não adote o julgador, com urgência máxima, as providências adequadas, dentre elas, o exame psicológico e psiquiátrico das partes envolvidas.” (2006, p. 302).

O Novo Código de Processo civil, em seu artigo 699 absorveu a importância que é devida à alienação parental, dispondo pela primeira vez a previsão desta prática:

“Art. 699 - Quando o processo envolver discussão sobre o fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar

acompanhado por especialista." (BRASIL, 2015)

Assim, conforme disposição do Novo Código de Processo Civil, o juiz deverá estar acompanhado por um especialista para avaliar o caso que foi trazido à lide, concretizando uma maior efetividade na constatação dos casos de alienação parental, uma vez que, é o psicólogo que possui meios técnicos para afirmar a ocorrência ou não da alienação e também a gravidade do caso ao juiz. O problema a ser enfrentado e que deve de imediato ser trazido às deliberações dos responsáveis é a inserção e aperfeiçoamento de especialistas nesta área para que possam conjuntamente ao Judiciário aferir e reprimir os atos de alienação parental.

Elízio Perez elucida:

“A lei, portanto, não trata do processo de alienação parental necessariamente como uma patologia, mas como uma conduta de intervenção judicial, sem cristalizar única solução para o controvertido debate acerca de sua natureza. À definição jurídico estrita, acrescentaram-se como hipótese de alienação parental as assim caracterizadas por exame pericial, além de outras previstas em um rol taxativo em lei. Tal rol tem o sentido de atribuir ao aplicador da lei maior grau de segurança para o reconhecimento da alienação parental, quando for o caso, ou de seus indícios.” (PEREZ, 2010. p. 70).

Assim, utilizando-se dos preceitos norteadores exarados pela Lei 12.318/2010, o Judiciário, com cautela e concomitante a uma equipe técnica deve reprimir os atos que serem constatados como de alienação parental. Ocorre que os Tribunais não estão aparelhados suficientemente por estes especialistas, o que enseja o surgimento de uma nova área no mercado profissional em formação, a fim de que, concretizem a bem intencionada disposição do Novo Código de Processo Civil.

Concomitante a esta exímia previsão legal, destaque-se modo lúdimo a Recomendação de nº 32 do Conselho Nacional do Ministério Público, publicada no Diário Oficial em 25 de abril do presente ano, que dispõe sobre a atuação do Ministério Público através de políticas e diretrizes administrativas para o combate à alienação parental.

Dentre as considerações desta Recomendação, o CNMP dispõe que as práticas de alienação parental mostram-se frequentes nas Varas de Família, mais precisamente nas Ações litigiosas que envolvam dissolução conjugal e concessão de guarda, analisa também a necessidade iminente no fomento de políticas públicas que possam combater a alienação parental.

Analisemos de modo atentado os artigos da mencionada Recomendação do CNMP (2016):

“Art. 1º Recomendar que o Ministério Público brasileiro, através das Procuradorias Gerais de Justiça e dos Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

empreendam esforços para a inclusão do tema Alienação Parental nos cursos de formação e atualização dos membros dos Ministérios Públicos Estaduais, bem como para a priorização da temática no planejamento estratégico das unidades.

Art. 2º Recomendar ao Ministério Público Estadual e as suas Corregedorias Gerais que empreendam esforços administrativos e institucionais para dar apoio e fomentar a atuação dos membros do Ministério Público na defesa do direito da criança, do adolescente, portadores de deficiência, interditados e incapazes no que concerne ao combate à alienação parental.

Art. 3º Recomendar que os membros do Ministério Público com atribuições para atuação nas áreas de Família e Infância e Juventude realizem ações coordenadas para a conscientização dos genitores sobre os prejuízos da alienação parental e da eficácia da guarda compartilhada.

Parágrafo único. Recomendar aos membros do Ministério Público referidos no caput, que busquem, pelos meios dispostos ao seu alcance, a resolutividade dos problemas atinentes ao tema na conformidade das disposições legais previstas na Lei nº 12.318/2010.

Art. 4º Recomendar que os membros do Ministério Público com atribuições para atuação na área da família, da criança e adolescente desenvolvam projetos que objetivem a conscientização pública sobre a importância da guarda compartilhada como meio de evitar a alienação parental, realizem palestras e empreendam divulgações esclarecedoras e pedagógicas sobre o tema, junto à sociedade.

Art. 5º Para os fins previstos nos artigos anteriores deverá o Ministério Público, nas distintas esferas de atuação no âmbito federativo, realizar ações coordenadas que possibilitem a observância do direito das crianças, adolescentes, deficientes, interditos e incapazes de exprimir a sua vontade quanto à convivência familiar através da efetivação dos vínculos familiares e parentais."

O conselheiro Walter Agra, que também exerce o cargo de presidente da Comissão da Infância e Juventude do CNMP, destacou que a problemática da alienação parental deve ser um tema habitual nos cursos de formação dos membros dos Ministérios Públicos Estaduais, bem como deve ser priorizada a temática no planejamento estratégico das unidades.

Para a Procuradora de Justiça Kátia Regina Ferreira Maciel, vice-presidente da Comissão da Infância e da Juventude do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), a Recomendação nº 32/2016 prevê que o Promotor de Justiça/Procurador de Justiça deve estar apto a identificar a alienação parental, ser capaz de aplacar preventivamente a gravidade da situação, adotar medidas judiciais e extrajudiciais enérgicas e eficazes e estimular a guarda compartilhada como regra na convivência familiar e como meio de evitar a alienação parental, apontando o Ministério Público como o porta voz das vítimas que experimentam este trágico abuso moral à sua integridade biopsicossocial.

O Ministério Público deve agir como guardião dos direitos e garantias fundamentais à entidade familiar, atuando não somente nos casos em que a alienação parental já foi instalada e o alienado já sofre com suas consequências, mas deve agir principalmente de modo preventivo através da adoção de medidas provisórias.

Para o Promotor de Justiça Cristiano Chaves de Farias, presidente da Comissão

Nacional de Promotores de Família do IBDFAM, a recomendação significa que o CNMP está “antenado” com a normatividade mais recente sobre a alienação parental e instiga uma atuação preventiva e/ou reativa do Ministério Público no combate à alienação parental.

Diante disso, espera-se que, concomitantemente à legislação específica, as novas disposições normativas alcancem a efetivação de uma maior preocupação aos danos ocasionados pela alienação parental, e que a Recomendação nº 32 do CNMP realmente seja concretizada como política pública fundamental do Ministério Público.

Sobre esta questão, Giselda Hironaka dispõe:

“É certo que a melhor e verdadeira solução de problemas psicológicos é a proporcionada pelo psicólogo, e não pelo juiz. Mas nem por isso, o juiz pode deixar de prestar a tutela jurisdicional que lhe é requerida. Não se pode negar, no caso dos autos, a condenação do réu ao pagamento de prestação pecuniária, sob pena de se negar também a possibilidade de reparação do dano moral decorrente da perda de um ente querido, ou do abalo à honra ou à imagem, pois também vai contra a dignidade humana colocar preço na vida de um ente querido, ou na própria honra ou imagem.” (2009, p. 231).

No mesmo sentido da Recomendação nº 32 do CNMP, o Procurador-geral de Justiça de Minas Gerais, Carlos André Mariani Bittencourt, editou a Resolução nº 02/2016, que criou, em parceria com as universidades UNA, FUMEC e UFMG, o Programa de Efetivação dos Vínculos Familiares e Parentais – PROEVI, que tem o enfoque multidisciplinar na prevenção e tratamento dos conflitos interfamiliares, principalmente a alienação parental.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO GENITOR ALIENANTE.

A Responsabilidade civil visa reparar um dano que por atitude ilícita uma parte causa à outra; o dano pode ser ocasionado à integridade física, à honra ou aos bens de uma pessoa.

A aplicação da responsabilização civil aos Direito de Família mostra-se, tímida e bastante controversa, o que demanda um trabalho mais detalhado e aprofundado sobre o tema.

Todavia, é incontestável o fato de que a alienação parental é geradora de um dano que na maioria das vezes é irreversível, sendo muito mais significativo e preocupante do que um dano qualquer causado a bens materiais ou à honra, que possuem amparo na responsabilização civil.

Conquanto no Direito de Família haja relações afetivas e aspectos pessoais e sentimentais, é de notória sabença que em várias situações são desrespeitados os deveres familiares, surgindo assim, a responsabilidade civil em consonâncias aos valores expostos na

Carta Magna.

O Magistrado Alexandre Miguel afirma:

“A obrigação de indenizar decorrente de ato ilícito absoluto também é aplicável ao direito de família. Não se pode negar a importância da responsabilidade civil que invade todos os domínios de ciência jurídica, e, tendo ramificações em diversas áreas do direito, é de se destacar, dentro das relações de natureza privada, aquelas de família, em que igualmente devem ser aplicados os princípios da responsabilidade civil.” (2003, p. 23).

Entendimentos diversos sustentam que não é possível indenizar ou responsabilizar alguém por danos em relações existenciais e que a indenização pecuniária não se presta em reaver danos afetivos, contudo, os requisitos necessários para ensejarem a responsabilização civil são presentes nesta conduta e o dano causado é extremamente preocupante e considerável.

Para que surja a responsabilização é necessária a presença do dano, da conduta, do nexo de causalidade e da culpa, fatores estes, que se mostram claramente identificáveis nas práticas de alienação parental.

O dano causado pela alienação parental é de notória percepção, pois não há como desconsiderar as mazelas ocasionadas por parte do genitor alienante em desfavor do alienado e principalmente, do infante.

O nexo de causalidade também é percebido de modo cristalino, uma vez que, é através da conduta irresponsável e ilegítima do alienante que a relação parental é prejudicada, pois o rebento nutre a repelência ao outro genitor por ser assim influenciado pelo alienante.

O elemento da culpa, do mesmo modo, configura-se de maneira notória, posto que, é intenção clara e objetiva do genitor alienante prejudicar a relação familiar existente entre seu filho e seu ex-cônjuge, a fim de atingir este.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X assegura o direito de indenização aos danos materiais e morais decorrentes de sua violação e o prejuízo perpetrado pela alienação parental constitui-se como um abuso moral contra o menor, bem como, uma violação aos direitos da relação familiar do alienado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estatui um dever concernente ao Poder Familiar, instituindo que aquele que o detém tem o dever de manutenção e proteção aos direitos relativos às crianças e adolescente.

Prevê ainda, a Constituição Federal em seu artigo 227, caput:

“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."

Como se depreende pelo texto constitucional, é dever da família assegurar à criança a convivência familiar e comunitária, agindo em negligência aquele que não lhe confere este direito, sendo digno de responsabilização.

O ilustre jurista Flávio Tartuce é defensor árduo da responsabilização dos danos efetivos, invocando o princípio da boa-fé objetiva nas relações familiares, lecionando da seguinte maneira:

"O artigo 1.708, parágrafo único, do atual Código Civil apresenta inovação interessante ao rever a cessação do dever de indenizar daquele que teve comportamento indigno em relação ao devedor. Para nós, trata-se de importante cláusula geral, que mantém relação direta com a boa-fé objetiva, auxiliadora de seu preenchimento [...] ao encerrar-se o presente estudo, evidencia-se, mais uma vez, o importantíssimo papel exercido pela boa-fé objetiva no Direito Privado atual, o que também engloba as relações privadas familiares. Constitui um ledô engano pensar-se que essa importante cláusula geral apenas se aplica ao contrato, negócio jurídico patrimonial."

A Síndrome da Alienação Parental é uma patologia psíquica gravíssima. É, pois, uma patologia jurídica. Quando configurada e percebida, é necessária a responsabilização do alienador, pois esse comportamento constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e revela-se descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Assim, plenamente possível a responsabilização civil aos casos em que a alienação parental se fizer presente.

O CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO MORAL AOS DANOS PERPETRADOS POR ALIENAÇÃO PARENTAL

Na prática de um evento ilícito há a necessidade da reparação do dano causado, estabelecendo o estado anterior ou, caso não seja possível esta recomposição, faz-se jus a configuração da indenização a título repressivo, educativo e sancionatório àquele que perpetrô o ato. É o que estabelece o tão conhecido artigo 186, do Código Civil:

Pamplona Filho estabelece:

"O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente." (GAGLIANO; PAMPLONA

FILHO, 2009, p.55).

A doutrina costuma elencar duas classificações para o dano moral, qual seja, o direto e o indireto. O dano moral direto seria aquele em que há uma lesão específica a um bem imaterial e o indireto ocorre quando há lesão a um bem ou interesse patrimonial, que de modo reflexo produz um prejuízo de natureza extrapatrimonial. Maria Helena Diniz afirma:

“O dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou o gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal e psíquica, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). Abrange, ainda, a lesão à dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III).” (DINIZ, 2008, p. 93).

A alienação parental constitui-se como uma lesão à honra objetiva e aos sentimentos afetivos do alienado, sendo digna de conhecimento por dano moral e a sua consequente indenização.

A ilustre doutrinadora Maria Helena Diniz (DINIZ, 2008, p. 90 apud ZANNONI, 1982, p. 232-233), o dano moral “não é a dor, a angústia, o desgosto, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano.”

Sílvio de Salvo Venosa, com maestria, preleciona o seguinte entendimento:

“A matéria fica ainda mais delicada quando se trata de proteção ao direito e à personalidade de filhos menores. Assim, sustenta-se modernamente, com razão, que ofende a dignidade do filho não só a ausência de socorro material, como a omissão no apoio moral e psicológico. O abandono intelectual do progenitor com relação ao filho menor gera, sem dúvida, traumas que deságuam no dano moral. Nesse diapasão, a afetividade ligasse inexoravelmente à dignidade do ser humano. É evidente que uma indenização nessa seara nunca restabelecerá ou se fará nascer o amor e o afeto. Cuida-se, como enfatizamos, de mero lenitivo, com as conotações que implicam uma indenização por dano moral.” (VENOSA, 2008, p. 286).

Fábio Bauab Boschi, citado por Douglas Phillips Freitas, afirma categoricamente que a responsabilidade civil do alienante é patente, pois,

“o dano moral do visitante reflete-se na esfera sentimental e emotiva do visitado, que é, aliás, o detentor do maior interesse; então, ao ofender-se a moral de um, ofende-se, em muitos casos, os sentimentos do outro, de forma que ambos serão vítimas de um mesmo ato lesivo descumprimento injustificado do acordo ou sentença.” (2011, p. 108 apud BOSCHI, 2005, p.248).

Um relevante posicionamento jurisprudencial que serviu de alavanca ao tema é o Recurso Especial do STJ n. 1.159.242 - SP, que teve como Relatora a Ministra Nancy Andrighi. Vejamos sua Ementa:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem

restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da **CF/88**. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido."

A responsabilização civil no Direito de Família é um ponto bastante divergente na seara doutrinária, em que os posicionamentos contrários ao seu cabimento embasam-se no argumento de que não é possível obrigar alguém a sentir afeto por outra pessoa, e por se tratar de um sentimento pessoal, acabaria por acarretar uma espécie de monetarização das relações existenciais.

Entretanto, o que aqui se discute, não é obrigação ou não de o filho sentir afeto por ambos os genitores; mas sim, o motivo que fez com que ele sentisse repulsa por um deles. Não se pode considerar como aceitável uma prática em que um dos ex cônjuges denigre imoralmente a figura do outro somente com propósito particular e desmotivado.

Aqueles que são contrários ao cabimento da indenização moral à alienação parental baseiam-se no principal argumento de que não se pode materializar as relações pessoais, entretanto, um ponto salutar a ser levantado sobre o cabimento da indenização é a indagação de que ela é plenamente reconhecida e cabível aos danos causados à honra. A alienação parental, nada mais é do que um conjunto de atos e atribuições contra o alienado, denegrindo sua honra objetiva perante o infante. Sob este viés, é injustificado o fato de não se aceitar a indenização moral a estes casos, posto que, as consequências da alienação são bem mais gravosas do que muitos danos à honra aos quais se reconhecem indenização pecuniária.

O Juiz da 2ª Vara Cível de Taguatinga - DF, em janeiro do presente ano, condenou uma mãe de um menor ao pagamento de indenização moral ao pai que sofreu com a alienação parental gerada pela genitora. No presente caso, a mãe ingressou com uma Ação judicial

contra o pai alegando que o mesmo não comparece às visitas agendadas da filha, procurando-a em datas distintas. Entretanto, com a análise aos Autos, o Magistrado pode aferir que esta versão fática não condizia com a realidade familiar, constatando que a genitora mudou-se de endereço sem informar o genitor propositadamente e também não permitia a visitação quando ele a procurava.

O Magistrado registra que o que se vê é um pai em busca quase que desesperada de se aproximar da filha, enquanto a mãe, por razões injustificáveis, em nada contribuiu com a plena realização do direito da filha de conviver com seu genitor.

É direito do menor nutrir uma relação harmoniosa e frequente com seus pais, pois, a dissolução conjugal desassocia a figura de marido/mulher, mas mantém inerte a figura pais/filhos.

Deste modo, aquele que utiliza o filho como instrumento de ato injustificável merece ser punido a título de repressão. Afinal, o direito à convivência familiar tem fundamento na necessidade de proteção a crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento, e que necessitam de valores éticos, morais e cívicos, para complementarem a sua jornada em busca da vida adulta.

Giselda Hironaka defende o posicionamento de que os danos causados por alienação parental gera dano moral tanto ao genitor quanto ao menor, sendo ambos titulares do direito. Nesse sentido:

“Essencialmente justo, de buscar-se indenização compensatória em face de danos que os pais possam causar a seus filhos por força de uma conduta imprópria, especialmente quando a eles são negados à convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência materna ou paterna concretas, o que acarretaria a violação de direitos próprios da personalidade humana (...).” (2009, p. 212).

Em suma, analisando atentamente as particularidades de cada caso e mediante uma equipe multidisciplinar, o Judiciário deve-se mostrar ativo no combate a esta pratica de alienação parental, aplicando concomitantemente as sanções trazidas na Lei e a responsabilização civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alienação parental, conforme se expôs no presente trabalho, é uma atitude impensada de um dos genitores que sofre com a separação conjugal, consistindo em implantar na mentalidade do infante um sentimento de repulsa contra o outro genitor, nutrindo uma aversão e muitas vezes, até mesmo cominando práticas de abuso sexual.

Todas estas atitudes se “justificam” tão somente em concretizar uma vingança contra o ex-companheiro, atingindo a esfera que mais lhe dói, qual seja, a sua relação com o filho. O alienante exige, através de falsas acusações, que o menor assuma uma posição no processo de separação, não aceitando que tenha sentimento de afeto por ambos.

Delineados os aspectos mais significantes sobre a alienação parental, pode-se notar claramente a necessidade imediata em se dar maior amparo aos casos de alienação que chegam até o Poder Judiciário, instalando por meio de uma equipe multidisciplinar uma efetiva averiguação da real ocorrência destes atos a fim de evitar que o mal se prolongue na esfera do infante e do genitor alienado.

A alienação parental é uma prática ardil e eivada de vingança injustificada, que visa inserir no aspecto emocional do menor uma repulsa ilegítima contra aquele que injustamente é acusado de práticas indevidas.

Com a sua previsão em lei específica, garantiu-se ao Judiciário meios para coibi-la e responsabilizar os agentes de tal conduta, ensejando a cominação de indenização moral àquele que injustamente tem sua imagem denigrada frente aos seus filhos. Além da lei especial, soma-se agora, sua previsão no Novo Código de Processo Civil, bem como, a Recomendação nº 32 do CNMP de abril do corrente ano, garantindo maiores instrumentos contra a alienação parental.

Muito se discute sobre o cabimento ou não desta indenização, em que os contrários a esta cominação justifica sua posição no fato de que não se pode materializar o afeto e indenizar alguém por desamor.

O processo de alienação agride frontalmente dispositivo previsto em nossa Constituição Federal, ante o fato de que o artigo 227 da Carta Maior versa sobre o dever da família em assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito constitucional a uma convivência familiar harmônica e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, assim como o artigo 3º do Estatuto da Criança e Adolescente. A atitude do pai/mãe alienador é totalmente afrontador aos direitos da criança e do adolescente, motivo pelo qual deve ser incessantemente coibido pelo Estado.

Além disto, o cabimento de indenização moral é plenamente cabível e aceitável aos danos causados à integridade física, à honra ou aos bens de uma pessoa, e a alienação parental é uma propaganda denegritória da imagem do alienado tendo sua honra objetiva prejudicada

em relação ao seu filho, que passa a nutrir um sentimento de aversão em razão daquilo que lhe foi ilegitimamente exposto.

Assim, indenizar os danos perpetrados por alienação parental não é materializar as relações existenciais e muito menos indenizar alguém por desamor, mas sim, reprimir a negligência com que o alienante age em desfavor do infante e do alienado, bem como à ofensa à honra objetiva do alienado.

Em suma, considerando o fato de que a relação familiar e a convivência harmônica é um direito do menor, bem como do alienado, e que é um dever da família como um todo prezar pelo reconhecimento desta, aquele que age em desconformidade com isto merece repressão por parte do Judiciário, sendo cabível o direito à indenização moral, até mesmo por que, a alienação parental mostra-se como uma forma de denegrir a honra objetiva do alienado, que é protegida pelo ordenamento e amplamente reconhecida a sua indenização nas jurisprudências pátrias.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Sylvia Maria Mendonca do. Alienação Parental: nova lei x sentimentos. Revista Jurídica Consulex, Brasília, v.13, n.309, nov. 2009.

BRASIL. Recomendação nº 32 do Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília, DF, 05 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/atos-e-normas/norma/4001>. Acesso em: 10/06/2016.

BRASIL. Lei 12.318/10, de 27 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 08/06/2016.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 03/06/2016.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Família Pós-Divórcio: A Visão dos Filhos. Psicologia ciência e profissão. Rio de Janeiro, 2007.

CUENCA, José Manuel Aguilar. Síndrome de alienação parental: o uso das crianças no processo de separação. Lex Nova, 2005. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94012-josemanuel.htm>> Acesso em: 10/06/2016.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____ Síndrome da alienação parental, o que é isso? Disponível em: www.mariaberenicedias.com.br. Acesso em: 07/06/2016. _____ Curso de direito civil, 7º vol.: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2008.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Síndrome de alienação parental. Disponível em: <http://www.priscilafonseca.com.br/?id=59&artigo=6>. Acesso em: 09/06/2016.

FREITAS, Douglas Phillips. Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARDNER, R. A. Parental alienation syndrome vs. parental alienation: wich diagnosis should evaluators use in child-custody disputes? The American Journal of Family Therapy, v.30, n.2, mar./apr. 2002.

_____ The parental alienation syndrome: A guide for mental health and legal professionals. New Jersey: Criative Therapeutics, 1992.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos. In EHRHARDT JUNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Leituras Complementares de Direito Civil: Direito das Famílias. Salvador: JusPodivim, 2009. P. 212

MIGUEL, Alexandre. Responsabilidade civil no novo código civil: algumas considerações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 23.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do Guardião: Aspectos Psicológicos, Sociais e Jurídicos. São Paulo: Editora Equilíbrio LTDA, 2007.

PEREZ, Elizio Luiz. Incesto e Alienação Parental: realidades que a justiça insiste em não ver. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Breves Comentários acerca da Lei da Alienação Parental. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 70.

PINHO, Marco Antônio Garcia de. Alienação Parental. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6540> Acesso em: 27 jun. 2016.

TARTUCE, Flávio. O princípio da boa fé objetiva no Direito de Família. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/48.pdf>. Acesso em: 12/06/2016.

VENOSA, Silvio de Salvio. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

O CAPITALISMO NA ERA VIRTUAL E O DIREITO À PRIVACIDADE FRENTE AOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Victoria Cássia MOZANER
Daniela Ramos Marinho GOMES

RESUMO

A incorporação das TICs (Tecnologias da Informação e comunicação), revolucionaram a organização da sociedade em sua totalidade. Neste contexto, ampliou-se de forma decisiva, a construção de novas teias de relações de indivíduos e grupos situados em diferentes espaços geográficos. Sendo assim, tem-se, por objetivo demonstrar as nuances provocadas pelo Capitalismo na Era Virtual, no que diz respeito às transformações, benefícios e vantagens provocadas por esta nova fase do capitalismo na Era Moderna, com vistas à proteção dos usuários. A metodologia utilizada foi a pesquisa de natureza bibliográfica com base na consulta às publicações existentes nas bases de bancos de dados eletrônicos. Inicialmente, apresenta-se que o desenvolvimento das relações digitais modificou radicalmente os paradigmas tradicionais de organização social, antes pautados em “relações entre presentes”, para um contexto no qual é possível emitir e receber mensagens advindas de diferentes partes do planeta. Posteriormente, o estudo enfatiza a expansão das TICs e a formação de inúmeras redes sociais, formadas pela união de indivíduos e grupos que passam a estabelecer relações em torno de objetivos comuns, ao mesmo tempo em que tem seu comportamento influenciado em face da estrutura que as regem. Todavia, além de benefícios, o influxo de novas tecnologias também propiciou distorções praticadas, com violações a inúmeros direitos, dentre os quais os cyberbullying (uso de ferramentas digitais com o intuito de violar os direitos fundamentais assegurados a todo ser humano), tornando indispensável a proteção da adesão contratual como instrumento de paz nas relações sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Capitalismo. Redes sociais. Proteção. Usuário.

ABSTRACT

The ever-increasing incorporation of Information and Communication Technologies - TICs - revolutionized expressively the way of being and to organize society as a whole. In this context, widened, decisively, the possibility of building new webs of relationships between individuals and groups located in different geographical areas. In this context, this paper aims to demonstrate the nuances caused by capitalism in the Virtual Era, with regard to the changes, benefits and advantages brought about by this new phase of capitalism in the modern era, focusing on the need to protect the users. The methodology used was the research literature nature based on consultation with existing publications prepared on the basis of electronic databases. Therefore, initially it shows that the development of digital relationships radically changed the traditional paradigms on which the society was being organized before guided essentially "relations between present" for a context in which to issue ereceber arising messages from different parts of the planet. Subsequently, the study addresses the expansion of ICT has enabled the formation of numerous social networks, formed by the union of individuals and groups who come to establish relationships around common goals, while having their behavior influenced in the face of the structure govern. However, while they have brought numerous benefits, the influx of new technologies also provided practiced distortions

with violations of numerous rights, among which the cyberbullying (use of digital tools in order to violate the fundamental rights guaranteed to all human beings), making it essential to protect the contractual compliance as an instrument of peace in social relations.

KEY-WORDS: Capitalism. Social networks. Protection. User.

INTRODUÇÃO

O capitalismo na sua moderna “roupagem” tem sofrido o influxo cada vez mais significativo da apropriação das Tecnologias da Informação e Comunicação - TICs - nos mais diversos campos de atuação humana, revolucionando de forma significativa o modo de ser e a forma de organização de toda a sociedade.

Sendo assim, ao passo em que a sociedade passou a dispor de novas formas para a comercialização de seus bens e serviços o capitalismo foi se desenvolvendo, trazendo consigo inúmeras vantagens, bem como desvantagens na medida em que também representou a exclusão daqueles que não se adaptaram ao novo sistema.

Deste modo, com o advento de tecnologias, sobretudo, o crescente uso da Internet o capitalismo passa a sofrer transformações essenciais que acabaram revolucionando os paradigmas tradicionais baseados em relações entre “presenças” para relações virtuais entre indivíduos e organizações situados em diferentes partes do mundo.

Trata-se na realidade de um Capitalismo na Era Virtual que tem promovido novas formas de comercialização e acesso a bens de consumo em todo o mundo, gerando novas oportunidades de negócios e com certeza, ampliando a concepção sobre os reflexos de novas tecnologias na aquisição de bens e serviços em massa, valendo-se das facilidades advindas do acesso à Internet.

Assim é que o presente trabalho tem por objetivo demonstrar as nuances provocadas pelo Capitalismo na Era Virtual, no que diz respeito as transformações, benefícios e vantagens provocadas por esta nova fase do Capitalismo na Era Moderna, com enfoque a necessidade de proteção ao usuário.

Para tanto, o primeiro capítulo será aborda-se, o desenvolvimento do capitalismo até os dias atuais as relações digitais. No segundo, são enfatizados os diferentes aspectos sobre a formação das redes sociais, dentre os quais, o surgimento de tal fenômeno e como elas se desenvolveram no Brasil. Ao longo do terceiro capítulo destaca-se a privacidade do usuário, enquanto direito, constitucionalmente tutelado pela Constituição Federal. Ao final, o quarto

capítulo traz um enfoque do direito à privacidade com base nas disposições contidas na Lei 12965/2014, considerada Marco Civil da Internet.

Ao lado de tais vantagens, cabe salientar que esta nova fase do capitalismo traz consigo aspectos que não podem deixar de ser evidenciados como a questão da alienação, o apelo exagerado ao consumo, o apego demasiado à rede, que passa a se tornar algo indissociável do estilo de vida, bem como o uso das mídias existentes para a prática de inúmeros delitos, que se constituem em violação aos direitos fundamentais da pessoa humana – os chamados ciberbullyng, tornando indispensável a defesa em torno de uma maior proteção à adesão contratual como forma de manter a paz nas redes sociais e assegurar que toda a sociedade venha dispor de maior segurança e confiabilidade nas relações e negócios travadas por meio do uso das TICs.

Para tanto, a metodologia adotada é a pesquisa de natureza bibliográfica com base na consulta a livros e demais publicações disponíveis nas bases dos bancos de dados disponíveis em meio eletrônico, dentre os quais, o Scielo (Scientific Electronic Library Online) a partir das seguintes palavras-chaves: relações digitais, Redes sociais, Ciberbullyng, proteção contratual.

O DESENVOLVIMENTO DO CAPITALISMO ÀS RELAÇÕES DIGITAIS

Salvo raríssimas exceções o capitalismo é o regime econômico predominante em quase todo o mundo, baseado na liberalidade com que se torna possível empregar os meios de produção com o intuito de gerar lucro. Na atualidade o capitalismo está ligado intimamente à capacidade de permanente acumulação e centralização do capital, experimentando uma nova “fase” a partir do aprofundamento das relações digitais (COMPARATO, 2014, p. 166).

O que se vê é a introdução cada vez mais crescente das Tecnologias da Comunicação e da Informação fez surgir um fenômeno que se consolida de forma mais expressiva, quer seja, o desenvolvimento das relações digitais e como tal, se até determinado momento as relações eram realizadas de modo essencial “entre pessoas presentes”, na atualidade grande parte, senão, a quase totalidade das relações que vão se sucedendo ocorrem no campo do universo digital, entre pessoas situadas em diferentes espaços geográficos.

Conforme aponta Mattos (2013, p. 7), vive-se na Era Digital, caracterizada pela mudança radical dos paradigmas da comunicação, maior rapidez e agilidade na propagação da informação e pela facilidade com que o cidadão tem expressado suas opiniões e se

relacionado com seus semelhantes. Passa-se, então, a compreender que ao passo em que se aprofundou a acessibilidade aos diferentes recursos tecnológicos, mudou-se, de forma radical a forma pela qual os indivíduos se comunicaram, fazendo com que haja maior rapidez e agilidade na propagação da informação, donde se torna possível até mesmo falar na democratização do acesso à informação e novos saberes, o que leva a constatação de que a Revolução Digital foi a grande revolução que marcou o século XX.

Ao mesmo tempo em que o cidadão comum passou a expressar com maior clareza e objetividade suas opiniões, deixando de figurar ao menos em parte como um simples figurante diante do sistema social e político dominante, em um contexto onde as pessoas têm se utilizado das mídias sociais para reclamar de produtos e serviços, dentre outros aspectos que podem ser salientados.

Mattos (2013, p. 7) ressalta que o desenvolvimento das relações digitais contribui para o compartilhamento de interesses e objetivos comuns, sejam eles de caráter afetivo ou profissional. Certo é que o desenvolvimento das relações digitais mudou e tende a mudar mais ainda a forma pelas quais indivíduos e organizações tem se comportado, possibilitando o estabelecimento de relações cada vez mais amplas e dinâmicas.

O desenvolvimento das relações sociais propiciou ainda o acesso à informação pública e a sociedade civil passou a descobrir o “Estado”, que por sua vez, trabalhou a emancipação social por meio de políticas públicas de acesso à informação como modo de implementar a cidadania (CELLA; ROVER; GOMES, 2015, p. 3).

Franco (2008, p. 10) destaca que o estudo da inteligência coletiva e da vida artificial, os progressos na computação baseada em inteligência distribuída ou na chamada *swarm intelligence*, a aplicação do instrumental das teorias dos sistemas dinâmicos aos sistemas de agentes compostos por seres humanos, a compreensão da emergência e da capacidade da sociedade humana de gerar ordem (*bottomup*) por meio da cooperação modificam o background e lançam novos pressupostos para as teorias sobre a sociedade. Inegável, portanto, que o advento de todo o progresso tecnológico rompe com os paradigmas e modos tradicionais de se encarar a sociedade e a forma pela qual a mesma está organizada, marcando as relações digitais a existência de uma sociedade que se mostra cada vez mais ativa e participativa, inclusive, com a participação da comunidade jovem.

Neste sentido, o desenvolvimento cada vez mais intensivo de relações digitais, tem pugnado para a promoção da inclusão digital, fazendo com que todas as camadas sociais

venham desfrutar dos benefícios decorrentes das Tecnologias da Comunicação e Informação, presentes em todas as atividades humanas. Em linhas gerais, entende-se inclusão digital como uma forma de apoio aos cidadãos na perspectiva de inserção na sociedade contemporânea, buscando preferencialmente as populações que têm piores condições socioeconômicas, ou seja, menores chances de apropriação dos benefícios trazidos pelas TIC (LEMOS; COSTA, 2005, p. 110). Tem-se, na inclusão digital um importante mecanismo para democratização do acesso a novas tecnologias, possibilitando um maior acesso à informação por parte de toda a população.

AS REDES SOCIAIS

As redes sociais podem ser definidas como estruturas sociais que reúnem indivíduos e organizações em prol de objetivos e princípios comuns. Ao explicar o que são redes sociais, Franco (2008, p. 37-38) enfatiza que redes são sistemas de nodos e conexões e que no caso de redes sociais, tais nodos são pessoas e as conexões são relações entre essas pessoas.

Observa-se, portanto, que as redes são compostas por nodos ou simplesmente “nós”, que no caso das redes sociais representam a união de diferentes indivíduos que passam em face de vinculação a uma rede estabelecer relações que notadamente se vinculam a um mesmo objetivo, que passa a ser compartilhado por todos.

Franco (2008, p. 38) aponta que as relações em questão são caracterizadas pela possibilidade de uma pessoa emitir ou receber mensagens de outra pessoa e quando isso acontece de fato é possível dizer que uma conexão foi estabelecida. Constata-se, então, que em face de integrarem uma determinada rede há inúmeras possibilidades de compartilhamento de mensagens entre os seus componentes, ou seja, do estabelecimento de inúmeras conexões que acabam fortalecimento o próprio espírito e a essência do fato de se formar uma rede.

Cabe salientar com base nos ensinamentos de Franco (2008, p. 40), que uma conexão, uma vez estabelecida, modifica a morfologia e a dinâmica da rede como um todo, processo que ocorre com intensidade em redes que conectam um grande número de pessoas.

Por sua vez, ao passo em que o crescimento das redes sociais revela-se como um fenômeno cada vez mais evidência, diferentes pesquisas têm se dedicado à análise de sua influência no comportamento e atitudes de indivíduos e as diferentes formas de agrupamento existentes. Neste sentido, Mizruchi (2006, p. 73) salienta que a análise de redes tem conquistado um número crescente de adeptos nas últimas três décadas, multiplicando-se, as

pesquisas que sugerem que as redes sociais influenciam o comportamento de indivíduos e grupos.

Desta forma, embora a princípio se possa afirmar que os indivíduos e grupos possuem suas próprias particularidades, ao se integrarem em uma determinada rede social tendem a ser afetados pela base principiológica que os unem em face de um mesmo objetivo. Mizruchi (2006, p. 73), explica que o princípio básico da análise de redes é que a estrutura das relações sociais determina o conteúdo dessas relações. Tem-se, de modo geral que a estrutura em torno do qual uma rede está consolidada rege o conteúdo das relações existentes entre seus membros, quer sejam, os limites e possibilidades de troca de experiências, valores e perspectivas entre os seus componentes.

Mizruchi (2006, p. 82), destaca ainda que se acumulam evidências no sentido de que a ação humana é afetada pelas relações sociais em que os agentes estão imersos. Nota-se, por conseguinte que a ação humana embora tomar diferentes rumos é afetada diretamente pelas relações sociais que circundam os seres humanos, convergindo-a para um determinado caminho.

Segundo Lima et al., (2012, p. 3) a era tecnológica introduziu mudanças em todos os setores da vida humana, interferindo nas relações do sujeito com o mundo e produzindo novas subjetividades. É possível então destacar que o acesso crescente às novas tecnologias possibilitou de forma expressiva o surgimento e o crescimento das redes sociais já existentes.

De acordo com Lima et al., (2012, p. 3) as tecnologias da informação revolucionaram as formas de acesso ao saber e de comunicação humanas, introduzindo a possibilidade de relacionamentos virtuais entre pessoas de todo o mundo. Rompeu-se, de tal modo com a ampliação do acesso às novas tecnologias da comunicação e da informação as “barreiras” geográficas que dificultavam o estabelecimento de relações entre pessoas situadas em diferentes partes do planeta. Como resultado deste dinamismo, observa-se que em tempo real pessoas de diferentes nacionalidades e culturas passam a trocar informações e valores em relação a um mesmo objeto.

Ainda com base no entendimento de Lima et al., (2012, p. 3) as comunidades virtuais são o resultado de uma nova forma de organização social que surgiu na contemporaneidade: a sociedade em rede, estando cada vez mais interligada e mostrando sua força, como um fenômeno irrefreável.

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO USUÁRIO

Ao lado das vantagens decorrentes da apropriação de novas tecnologias da Comunicação e da Informação, evidencia-se, os problemas gerados pela utilização de tais recursos com vistas ao cometimento de crimes virtuais- os chamados cyberbullyng – violando inúmeros direitos que colocam em risco a paz nas redes sociais.

Para conferir uma noção desta realidade, Rosa e Santos (2014, p. 19) em estudo destinado à analisar os fatores que orientam a composição do perfil dos usuários do Facebook e sua participação nessa rede social, processo que denominamos de negociação de identidade, destacou que a particularidade das interações mediadas pelo Facebook traz consigo receio por parte dos usuários, não apenas em relação a uma possível invasão de privacidade ou da exposição da intimidade, como também de possíveis atos de violência contra usuários.

Rosa e Santos (2014, p. 19) obtiveram resultados que sugerem que os usuários do Facebook sentem insegurança no mundo virtual, sendo essa uma demonstração de que o medo se encontra inscrito nas subjetividades dos indivíduos, o que torna opaca uma suposta barreira entre os mundos real e virtual. Trata-se, de uma realidade que demanda meios mais eficazes de controle a fim de evitar que os recursos provenientes das TICs não sirvam de meio para a prática de delitos que coloquem em risco toda a sociedade que faz uso das redes sociais para o estabelecimento de relações e troca de informações. Cabe destacar que a Constituição Federal estabelece ao longo do seu artigo 1º, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos essenciais do nosso Estado Democrático de Direito e ao longo do art. 5º, inciso X, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Em atenção a tais garantias constitucionais, a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 - conhecida como Marco Civil da Internet - foi sancionada visando estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, pautando-se na garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento como um princípio essencial a ser garantido pelo ordenamento jurídico pátrio.

Segundo Soares (2014, p. 01) a fragilidade que existia antes de sancionada da lei era tema de grandes debates nacionais, condição que tornou indispensável a regulamentação tanto para usuários, quanto provedores, demonstrando que os direitos da liberdade de expressão e o direito à privacidade devem seguir sobre a tutela necessária e legal do Estado.

Sendo assim, em face das garantias expressamente figuras no corpo da Constituição

Federal, torna-se, essencial o cumprimento dos preceitos contemplados na Lei n. 12.965/2014, assegurando-se, a proteção aos dados pessoais e demais elementos que dizem respeito tão somente à pessoa do usuário, estendendo-se tal escopo protetivo às relações que porventura venha estabelecer por meio da rede.

Privacidade e Liberdade de Expressão

A privacidade é coirmã da liberdade de expressão, e mais que isto, não poderia existir sem ela. Podemos pensar nos regimes ditatoriais, que não garantem ao indivíduo a livre manifestação, a liberdade de seus pensamentos. Logo, será afastado de sua privacidade, e por receio de ser rechaçado, não poderá mostrar quem realmente é, desvirtuando sua personalidade ao sabor dos ventos da repressão e censura.

Celso Bastos conceitua privacidade como a “faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano”.

A liberdade de expressão é a autonomia de poder decidir de que forma se comunicar com a sociedade, podendo expressar a opinião sobre qualquer tipo de assunto, sensível ou não, ponderando, porém, o limite da privacidade de outrem. Neste ponto, a liberdade de expressão e a privacidade andam juntas, não podendo uma ultrapassar os limites da outra.

Intimidade e Vida Privada

A privacidade diferencia-se da intimidade no que concerne a aproximação com o público, onde este direito muitas vezes é relativizado. Já a intimidade é intrinsecamente engajada na pessoa, pertencente a vida privada e sem possibilidades de tornar-se público sem sua violação propriamente dita, permeando o centro da privacidade, onde essa abrange aquela

A intimidade é um direito de exercício que o indivíduo tem para voltar-se a si mesmo sem receio de demonstrar seus reais sentimentos e vontades. Quando as fotos nuas da atriz Carolina Dieckmann foram divulgadas na internet sem o seu consentimento, toda sociedade se mobilizou sendo, inclusive, o fato objeto de alteração de Lei, a intimidade é algo intrínseco e individual, e também se relaciona com o comportamento que os indivíduos tem, podendo desta forma mensurar o que deve ser preservado ou não. Assim, a mesma atriz recentemente relatou que voltou a enviar fotos nuas por e-mail a seu marido e já não se importa mais se

estas fotos forem divulgadas, pois ela já foi vista nua por todos e não têm mais graça.

De fato, a intimidade permeia fatos subjetivos na vida de cada indivíduo, que a considera como um o direito de se manifestar de acordo com a cultura local, levando-se em conta os fatos pessoais como a introversão e a timidez.

Privacidade e Direitos da Personalidade

Carlos Alberto Bittar considera que são da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico para a defesa de valores inatos ao homem como a vida, a rigidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros.

Assim, ele divide os direitos da personalidade em direitos físicos, direitos psíquicos e direitos morais. Entre os físicos protege-se o direito à vida, à integridade física, ao corpo e suas partes, à imagem e à voz. Entre os psíquicos abriga-se o direito à liberdade de pensamento, de culto, de expressão e de outras manifestações; inclusive o direito à intimidade; o direito a integridade psíquica e o direito ao segredo. No grupo dos direitos morais situam-se os direitos à identidade, à honra, à reputação e o direito às criações intelectuais.

Por serem inatos, os direitos da personalidade devem ser reconhecidos e sancionados pelo Estado em um ou outro plano de direito positivado. Dessa forma, encontramos no Código Civil Brasileiro nos arts. 11 a 21 alguns direitos da personalidade, porém outros direitos relacionados com o princípio da dignidade pessoa humana em suas projeções física, moral e psíquica com fundamento no direito geral da personalidade deve ser reconhecido e observado pelos aplicadores do direito.

PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Adalberto Simão Filho entende que a Sociedade da Informação estrutura-se na premissa estabelecida pelo art. 5º da Constituição Federal no sentido de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade de direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade e se completa no inciso XIV do art. 5º da Constituição Federal, que assegura a todos o acesso à informação.

A partir dos princípios constitucionais elencados podemos desenvolver o conceito da

sociedade da informação, onde seu clímax está no desenvolvimento tecnológico, que viabilizou o acesso à informação através de redes interligadas, onde prepondera a busca da igualdade e a extensão de todos os ramos do direito para a sociedade digital, porém com sujeitos de direitos reais. Nesse contexto, trabalhamos o direito na sociedade da informação sob todos os primas, e a privacidade sem dúvida nenhuma tem se relativizado com a chegada da tecnologia digital, e para alguns, a privacidade tende a ser eliminada por completo. Para isso basta observar a interferência da tecnologia em nosso cotidiano, câmeras de segurança espalhadas, localizadores nos celulares e tablet's, monitoramentos eletrônicos, acesso instantâneo a perfis em redes sociais, ou seja, a tecnologia proporciona benefícios, porém restringe a cada vez mais a forma de comportamento das pessoas.

Privacidade e Internet

Outrora a preocupação com a proteção das informações pessoais estava voltada para a realidade tecnológica da época e as normas de direito público e privado pouco discorria sobre o assunto.

Nos dias atuais, a acentuada inovação tecnológica e o efeito rede mudaram a perspectiva de privacidade, sob o enfoque dos grandes bancos de dados compartilhados via internet e o grande volume de informações processadas mecanicamente e de forma instantânea, fez com que os setores da sociedade enxergassem o direito da privacidade com um novo olhar.

O termo 'efeito rede' refere-se, basicamente, à maneira como sistemas maciçamente conectados tendem a criar padrões que, uma vez estabelecidos, torna-se extremamente difíceis de eliminar. Esses padrões passam a ter muito valor. Em uma rede, quanto mais pessoas usarem um determinado produto ou sistema, mais valor ele passará a ter, principalmente por causa da capacidade aumentada de um usuário individual para se conectar e compartilhar recursos com outros que utilizam o mesmo sistema.

As construções legislativas de proteção de dados que tinham como premissa os grandes computadores que há trinta anos operavam, ficaram demasiadamente desatualizadas, como observa Rodotá “segundo o desenvolvimento da tecnologia, a noção que se tinha de arquivo de banco de dados torna-se insuficiente ou superada. Surge como valor fundamental a noção de rede, será preciso levar em conta as tecnologias interativas, com as perspectivas

abertas pela telemática”.

A definição de privacidade elaborada no novo contexto de tecnologia também está imbuída na complexidade da construção da definição da proteção de dados, que vai além da tutela da intimidade individual, pois se relaciona a nova problemática referente à legalidade da ação pública.

Ao aumentar a possibilidade de tutela efetiva da esfera privada dos cidadãos, tendo em vista que justamente esses últimos a serem os titulares de uma maior quota de poder de controle sobre os aparatos públicos, os sistemas de governo privilegiam a transparência na efetivação da criação das legislações.

Por outro lado, toda a gama de informações fornecidas pelas pessoas que precisam de determinados serviços, que crescem a cada dia em quantidade e qualidade, acabam por ter usos secundários e lucrativos para os gestores dos sistemas de bancos de dados interativos.

A Circulação das Informações entre regras e mercado

Na tutela dos dados informáticos, Rodotà aponta que deve se assegurar alguns princípios e instrumentos necessários para se ter efetividade. Dois documentos internacionais apontados pelo autor são deduzidos em alguns princípios que posteriormente serão elencados. O primeiro documento trata-se da Convenção do Conselho da Europa de 28 de janeiro de 1981, para a proteção das pessoas em relação à coleta automática dos dados de caráter pessoal, e o segundo da Recomendação da OCDE de 23 de setembro de 1980, que contém as diretrizes relativas à proteção da vida privada e à circulação transnacional dos dados de caráter pessoal. Extraem-se dessa forma os seguintes princípios:

- 1- princípio da correção na coleta e no tratamento das informações;
- 2- princípio da exatidão dos dados coletados, acompanhado pela obrigação de sua atualização;
- 3- princípio da finalidade da coleta dos dados, que deve poder ser conhecida antes que ocorra a coleta, e que se especifica na relação entre os dados colhidos e a finalidade perseguida (princípio da pertinência), na relação entre a finalidade da coleta e a utilização dos dados (princípio da utilização não abusiva); na eliminação, ou na transformação em dados anônimos das informações que não são mais necessárias (princípio do direito ao esquecimento);

4- princípio da publicidade dos bancos de dados que tratam as informações pessoais, sobre os quais deve existir um registro público;

5- princípio do acesso individual, com a finalidade de conhecer quais as informações coletadas sobre si próprio, obter a sua cópia, obter a correção daquelas erradas, a integração daquelas incompletas, a eliminação daquelas coletadas ilegalmente;

6- princípio da segurança física e lógica da coletânea dos dados.

Esses princípios apontados pelo autor nunca estiveram mais atualizados, pois a sociedade da informação carece de normatizações e a todo o momento observamos atos governamentais e privados que são alheios aos princípios extraídos e que causa grande constrangimento entre Estados, como é o caso Snowden.

Dentre outras coisas, Snowden revelou que dados coletados por empresas privadas eram repassados ao governo sem o consentimento dos americanos, violando a privacidade de uma nação inteira, sob a justificativa de combate ao terrorismo.

Há quem ressalte que regulamentações restritivas da coleta e da circulação de informações são possíveis em tempos razoavelmente tranquilos, ou mesmo realmente felizes. Quando, ao contrário, cresce a instabilidade social, aumenta também a necessidade de informações e da ligação entre os vários bancos de dados para enfrentar situações de emergência em matérias de ordem pública, no mercado de trabalho, e assim por diante.

Já no caso específico do governo norte americano, Rodotà também já alertava sobre a utilizações de informações que extrapolam as finalidades da coleta: “Uma disciplina mais pontual e rigorosa neste setor é necessária, até por causa do advento de um fenômeno que, nos Estados Unidos, já atingiu proporções preocupantes: a aquisição, pela administração pública, de grandes quantidades de informações coletadas por privados.”.

Dessa forma podemos perceber que os princípios elencados não são absolutos, são relativizados ou até ignorados quando existe instabilidade social e estado de alerta por causa de possíveis conflitos armados.

Por outro lado, as pessoas também devem ter um controle do que inserem nos bancos de dados, tendo em vista que o que é lançado no espaço virtual fica armazenado, como descreve Schmidt

A armazenagem quase permanente de dados terá um grande impacto sobre o modo como os cidadãos operam no espaço virtual. Haverá um registro de todas as atividades e

associações online, e tudo o que for agregado à internet se tornará parte de um repositório de informação permanente. A possibilidade de que algum conteúdo pessoal seja publicado e se torne conhecido um dia- por engano ou por interferência criminosa- sempre vai existir. As pessoas precisarão se responsabilizar por suas associações virtuais, passadas e presentes, e os riscos serão elevados para quase todos, já que os relacionamentos online tendem a ser mais abrangentes e difusos do que os físicos. O bom ou o mau comportamento daqueles que conhecemos irá nos afetar positiva ou negativamente. (E parâmetros de privacidade mais severos nas redes sociais não serão suficientes).

A análise crítica da realidade é assustadora, pois à medida que convivemos com a tecnologia nos acostumamos com suas facilidades e perdemos a noção da nocividade dos dados que inserimos, pois a partir do momento em que nos conectamos encerra-se aí a nossa privacidade.

A Privacidade no Marco Civil

O Marco Civil da Internet é uma iniciativa legislativa, surgida no final de 2009, para regular o uso da Internet no Brasil, por meio da previsão de princípios, garantias, direitos e deveres de quem usa a rede, e da determinação de diretrizes para a atuação do Estado. Neste contexto, a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), em parceria com a Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO RIO), lançou o projeto para a construção colaborativa de um Marco Civil da Internet no Brasil.

O próprio processo de construção do marco demonstrou inovação, onde o tema foi amplamente debatido pela sociedade utilizando a própria Internet como ferramenta para a participação ativa dos inúmeros atores envolvidos no tema. O resultado desta interação, o anteprojeto do marco civil foi então enviado à câmara dos deputados, recebido sob o número 2.126/2011. Na ocasião Marco Civil foi descrito pelo então Ministro da Justiça, Luiz Paulo Barreto, como "A Constituição da Internet “.

Em julho de 2013, com a publicação de notícias de que as comunicações no Brasil eram alvo de espionagem eletrônica pelos EUA, o governo federal declarou que a aprovação do Marco Civil da Internet era uma prioridade, colocando em evidência a questão da privacidade na Internet. No dia 11 de setembro de 2013 foi publicado no Diário Oficial da União a mensagem de urgência assinada pela presidente Dilma Rousseff, tendo então a

Câmara prazo de 45 dias para que o Marco Civil fosse apreciado pelos deputados, o que não ocorreu, principalmente por pressão das empresas de telecomunicação interessadas na exclusão do princípio de neutralidade de rede.

Neste sentido, em 23 de abril de 2014, foi aprovado a Lei n. 12.965, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil – considerada como Marco Civil da Internet.

Alguns dispositivos desta Lei merecem destaque, a começar pelo artigo 2º, ressaltando que a disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

- I - o reconhecimento da escala mundial da rede;
- II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;
- III - a pluralidade e a diversidade;
- IV - a abertura e a colaboração;
- V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
- VI - a finalidade social da rede.

Ressalta-se, portanto, que a liberdade de expressão por meio da rede deve estar ancorada no respeito a inúmeros preceitos, dentre os quais, o respeito aos direitos e garantias individuais e coletivos, bem como o atendimento à função social da rede.

A Lei n. 12.965/2014 destaca ainda em seu âmbito os princípios que disciplinam o uso da Internet no Brasil, quer sejam:

- I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
- II - proteção da privacidade;
- III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;
- IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;
- V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;
- VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;
- VII - preservação da natureza participativa da rede;

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Em relação aos direitos e garantias dos usuários, estabelece o art. 7º que o acesso à Internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados inúmeros direitos, dentre os quais:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

O Princípio de limitação da coleta está espelhado nos incisos VII e VIII do art. 7º ao exigir consentimento livre, expresso e informado sobre a coleta, tratamento e proteção dos dados pessoais do usuário. O princípio da qualidade dos dados está compreendido também no artigo 7º que no inciso X prevê a exclusão dos dados pessoais ao término da relação das partes.

O princípio da finalidade da coleta dos dados e o princípio da limitação de utilização têm lastro no artigo 7º, inciso VIII, que regra que o uso dos dados pessoais somente poderá se dar para finalidades que estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços e nos incisos II e III de determinam a inviolabilidade dos dados na forma da lei, salvo por ordem judicial.

O Princípio de participação do indivíduo ou do acesso individual não está expressamente previsto no projeto de lei, mas pode ser inferido do conjunto da norma. De toda forma o remédio constitucional do Habeas Data atende esta necessidade.

Cabe salientar a redação do art. 10 da Lei n. 12.965/2014, segundo o qual a guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas

E finalmente, o Princípio de responsabilização está presente no artigo 13 que prevê as sanções de advertência, multa, suspensão e proibição do exercício das atividades para aqueles que infringir as normas do marco civil, responsabilização inclusive prevista para

entidades estrangeiras como regra o parágrafo único do artigo em comento: “parágrafo único. Tratando-se de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o caput sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País”.

CONCLUSÃO

Com base nas disposições do primeiro capítulo evidencia-se que com o influxo das relações digitais o capitalismo passou a experimentar uma nova fase, caracterizada por mudanças radicais na forma pela qual indivíduos e organizações estabelecem suas relações, dinamizando a troca de informações e o acesso amplo a uma gama de produtos e serviços.

Por sua vez, a partir da abordagem do segundo capítulo compreende-se que o dinamismo decorrente das relações digitais foi uma condição propícia para a formação de redes sociais, pautadas no estabelecimento de relações entre indivíduos e grupos em torno de objetivos comuns, cuja estrutura tende a determinar a extensão e profundidade na troca de experiências, valores e perspectivas sobre um determinado objeto, podendo-se afirmar que o conhecimento produzido em rede influencia o comportamento e atitudes dos seus componentes. Por sua vez, ao longo do terceiro capítulo torna-se indiscutível a necessidade de assegurar a proteção constitucional dos dados pessoais do usuário e demais elementos que dizem respeito à preservação de sua intimidade como instrumento para garantir a paz nas redes sociais, No decorrer do quarto capítulo, são estudados os diferentes meios em que a privacidade está vinculada ao meio digital, dando enfoque a Lei 12.965/2014

De tal modo, ao longo deste trabalho foi possível observar que o Capitalismo na era virtual tem encontrado nas facilidades proporcionadas pela Internet o cenário propício para uma contínua exploração dos bens de produção; todavia, tal dinamismo não pode comprometer a segurança e a confiabilidade do usuário, colocando em risco a tão “sonhada privacidade”.

No livro *Vigiar e Punir*, publicado em 1975, o pensador e filósofo francês Michel Foucault descreve como se exerce o poder disciplinar e quais os reflexos desse mecanismo para o indivíduo e para a coletividade – tema da maior relevância para a compreensão dos fundamentos filosóficos do exercício da vigilância na sociedade da informação. Segundo o autor, a história da humanidade expõe o exercício do poder disciplinar que se materializa na manipulação e no uso de informações em benefício de certas elites, capazes de processá-las e armazená-las, fazendo desses repositórios fontes seguras de fiscalização, de repressão e de

controle dos indivíduos. Nas palavras de Foucault

Daí o efeito mais importante do Panóptico: induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo se é descontínua em sua ação; que a perfeição do poder tenda a tornar inútil a atualidade de seu exercício; (...) O Panóptico é uma máquina maravilhosa que, a partir dos desejos mais diversos, fabrica efeitos homogêneos de poder. Uma sujeição real nasce mecanicamente de uma relação fictícia. De modo que não é necessário recorrer à força para obrigar o condenado ao bom comportamento, o louco à calma, o operário ao trabalho, o escolar à aplicação.

Do século XVIII para até os dias atuais houve evidente e enorme evolução tecnológica, mas o espírito do controle é o mesmo, com a vantagem adicionar de não ser necessário nenhuma construção especial. É possível monitorar e controlar apenas com tecnologia.

Além do conluio entre empresas privadas e Estado para se atingir o objetivo de vigiar e controlar a sociedade da informação, Estados percebem ser necessário a criação de convênios entre agências de inteligência de diversas nações. Manuel Castells assim descreve a influencia no comportamento individual pela vigilância em meio eletrônico

Não é o Big Brother, mas uma multidão de irmãzinhas, agências de vigilância e processamento de informações que registram nosso comportamento para sempre, enquanto bancos de dados nos rodeiam ao longo da nossa vida – a começar, dentro em breve, com nosso DNA e características pessoais (nossa retina, nosso datilograma, na forma de marcas digitalizadas). Nas condições vigentes nos Estados autoritários, essa vigilância pode afetar diretamente nossas vidas (essa é de fato a situação da maioria esmagadora da humanidade). Mas mesmo em sociedades democráticas, em que os direitos civis são respeitados, a transparência de nossas vidas moldará decisivamente as nossas atitudes. Ninguém jamais foi capaz de viver numa sociedade transparente. Se esse sistema de vigilância e controle da Internet se desenvolver plenamente, não poderemos fazer o que nos agrada. Talvez não tenhamos nenhuma liberdade, e nenhum lugar onde possamos nos esconder.

Dessa forma conclui-se que a questão da privacidade frente aos avanços tecnológicos deve ser questão de debate e constante vigilância pela sociedade civil, sendo saudável a inclusão de extensa proteção no marco civil, porém sem jamais nos esquecermos de que devemos proteger nossa privacidade não apenas de empresas e entidades estrangeiras, mas

principalmente do governo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ronaldo Alves de. Dano moral e sua valoração. São Paulo: Editora Atlas, 2ª ed., 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1989.

BAUMAN, Zygmunt. Globalização: As consequências humanas. Tradução Marcus Penchel. Zahar Editor, 1999, Rio de Janeiro.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado, 1988.

CASTELLS, Manuel. A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, Revisão de Paula Vaz. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

CELLA, José Renato Gaziero; ROVER, Aires José; GOMES, Magno Federici. Direito, governança e novas tecnologias. Florianópolis-SC, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo: civilização e poder. Estud. Av. vol.25 n.72. São Paulo, Mai/Ag., 2011.

COSTA, Leonardo Figueiredo. Novas tecnologias e inclusão digital: criação de um modelo de análise. Salvador: EDUFBA, 2011.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANCO, Augusto de. Escola de redes: novas visões sobre a sociedade, o desenvolvimento, a Internet, a política e o mundo globalizado. Editoração: Saturnos Assessoria em Comunicação Social S/C Ltda. Curitiba-PR, 2008.

JABUR, Gilberto Haddad. Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflito entre direitos da personalidade. São Paulo: RT, 2000.

JENNINGS, Charles; FENA, Lori. Privacidade.com: como preservar sua intimidade na era da internet. Tradução: Bazán Tecnologia e Linguística. São Paulo: Futura, 2000.

LE MOS, André; COSTA, Leonardo. Um modelo de inclusão digital: o caso da cidade de Salvador. Eptic On-line – Revista Eletrônica Internacional de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación. v. 7,n. 4. Set./dez. 2005.

LIMA, Nádya Laguárdia de; SOUZA, Eduardo Pio de; REZENDE, Alice Oliveira; MESQUITA, Ana Carolina Roritz. Os adolescentes na rede: uma reflexão sobre as comunidades virtuais. Arquivos Brasileiros de Psicologia. Rio de Janeiro. Vol. 64, n. 3, 2012.

MATTOS, Sérgio Augusto Soares. A revolução digital e os desafios da comunicação. Cruz das Almas/BA:UFRB, 2013.

MELGAÇO, Lucas. Securitização urbana: da psicoesfera do medo à tecnoesfera da segurança. Dissertação de doutorado apresentado à USP – São Paulo – SP, 2010.

MIZRUCHI, Mark S. Análise de Redes Sociais: Avanços Recentes e Controvérsias Atuais. RAE. Vol. 46, n. 3, 2006.

O GLOBO. Entidades denunciam violação de privacidade em novo texto do Marco Civil da Internet.

PAESANI, Líliliana Minardi- Coordenadora. O Direito na sociedade da informação. São Paulo: Atlas, 2007.

PORTAL CULTURA DIGITAL. Marco civil da internet: seus direitos deveres em discussão.

RODOTÀ, Stefano. A Vida na Sociedade da Vigilância - A Privacidade Hoje, Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSA, Gabriel Artur Marra e; SANTOS, Benedito Rodrigues dos. Facebook: negociação de identidades e o medo da violência. Arquivos Brasileiros de Psicologia. Rio de Janeiro, vol. 66, n. 1, 2014.

SAKAMOTO, Blog do. Marco Civil: Estão querendo criar “gente diferenciada” na internet.

SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. A nova era digital: como será o futuro das pessoas, das nações e dos negócios. Tradução Ana Beatriz Rodrigues, Rogério Durst. 1. Ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2013.

SOARES, Anderson. Marco Civil da Internet e garantia constitucional da privacidade e liberdade de expressão. Artigo publicado em: 01 de junho de 2014.

VIEIRA, Tatiana Malta. O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Dissertação de mestrado apresentada à UNB – Universidade de Brasília, DF, 2007.

O CASO “FISCHER V. UNIVERSITY OF TEXAS” E A ADPF 186: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO USO DE AÇÕES AFIRMATIVAS NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL

Henrique Miuki Koga FUJIKI

RESUMO

Uma das polêmicas mais discutidas nos últimos anos, ou até mesmo nas últimas décadas, no Brasil é a questão da utilização de critérios étnico-raciais no processo de aceitação de alunos pelas instituições de ensino superior. Esta questão, como se mostrará, não é exclusividade brasileira, estando presente também em outros países, especialmente nos Estados Unidos. É deste último país que vem o caso Fischer v. University of Texas, no qual julgou a mais alta corte americana ser constitucional o uso das chamadas ações afirmativas no processo de admissão de alunos na University of Texas. De forma semelhante, julgou o Supremo Tribunal Federal ser constitucional o sistema de cotas raciais, uma ação afirmativa instituída pela Universidade de Brasília (UnB), questionada na ADPF 186 ajuizada pelo Partido dos Democratas (DEM). O objetivo final da pesquisa é estudar o conceito de ação afirmativa, mostrando em qual país ou sistema educacional ela é mais compatível; se é justa ou injusta; se viola o princípio da igualdade; e se seu uso é, de fato, constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Ação afirmativa. Cota racial. Princípio da igualdade. Justiça.

ABSTRACT

One of the most discussed polemics in the last few years, or even in the last decades, in Brazil is the question about the utilization of ethnic and racial criteria in the process of students' admission by higher education institutions. This question, as it will be shown, isn't a Brazilian exclusivity, being present in other countries, especially in the United States. It's from this country (US) that comes the case Fischer v. University of Texas, in which the highest American court judged constitutional the use of affirmative action in the students' admission process at the University of Texas. In a similar way, the Brazilian highest court judged constitutional the system of racial quotas, an affirmative action used by the University of Brasilia (UnB), questioned in the ADPF 186 by the Democrats Party (DEM). The final goal of this paper is to study the concept of affirmative action, showing in which country or educational system it's most compatible; if it's just or unjust; if it violates the principle of equity; and if its use is, in fact, constitutional.

KEY-WORDS: Affirmative actions. Racial quota. Principle of equity. Justice.

INTRODUÇÃO

Há muito o princípio da igualdade está presente na humanidade. Esta afirmação se trata de um fato, comprovado por uma simples e breve análise da história humana, que apresenta em diversos momentos ideais igualitários.

Talvez, a primeira vez que se utilizou tal princípio tenha sido na Grécia Antiga por

Clístenes, o pai da democracia ateniense. De forma mais condizente com a atual definição de igualdade tem-se a assinatura da Carta Magna por João Sem Terra em 1215; ou até mesmo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento originário da França revolucionária de 1789.

Hoje, o princípio da igualdade faz parte de qualquer Estado de direito, estando presente de forma imprescindível nas constituições. Ele parte da ideia de que todos são iguais perante a lei, não sendo admissível qualquer forma de discriminação, seja étnica, racial, moral, ideológica, econômica ou sexual.

Para que a igualdade pregada nas constituições e nos princípios fosse alcançada diversas teorias foram criadas nos últimos séculos, e filósofos comprometidos com a justiça dedicaram suas vidas buscando a solução final para a desigualdade. Surgiram então ideias que tratam sobre distribuição de renda justa, sobre equiparação de condições de saúde, de educação, e de gênero, por exemplo.

E é justamente buscando a igualdade que surgiram as ações afirmativas. Tais ações, que serão esmiuçadas em seguida, têm como um de seus focos a equiparação de condições das minorias com as condições da maioria. E é este o objeto desta pesquisa.

O trabalho visou solucionar a questão das ações afirmativas étnico-raciais no processo de admissão no ensino superior, analisando criticamente se seu uso é justo, necessário, e constitucional. Esta questão se mostra extremamente relevante e atemporal, uma vez que apesar de estar presente na sociedade há décadas sua discussão permanece atual.

Foi utilizado o método de abordagem indutivo, pois parte de fatos que analisados individualmente produziram uma generalização ao final, além de utilizar o método de procedimento comparativo que realiza comparações de casos isolados e aponta semelhanças e divergências entre eles. Foram usados como base para esta pesquisa o recente caso da Suprema Corte Americana *Fischer versus University of Texas* (2016) e o julgamento da ADPF 186 pelo Supremo Tribunal Federal em 2012.

DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NAS UNIVERSIDADES: UMA CONSTRUÇÃO TEÓRICA

Como é sabido, a ideia de igualdade está presente em praticamente todas as sociedades e é considerada matéria constitucional, essencial para a estruturação de um Estado democrático de direito.

Nos Estados Unidos, palco de um dos casos que logo mais serão apresentados, o princípio da igualdade está protegido na 14ª Emenda de sua constituição que diz, no final de sua primeira seção, “...nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”¹.

Já no Brasil, tal proteção constitucional aparece no artigo 5º, que diz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Entretanto, apesar de as constituições conterem o princípio da isonomia, será que na realidade isso ocorre? Será que a igualdade nestes e em outros países não passa de uma igualdade formal, não atingindo o campo material? Como fazer com que a igualdade se concretize?

De fato, muito do que se vê em um texto de lei dificilmente reflete a realidade da vida em sociedade. O princípio da igualdade é tão complexo que poderia, assim como já foi diversas vezes, ser estudado profundamente e ser tema principal de artigos científicos, monografias e livros. Mas o que facilmente se observa é que mesmo os mais ferrenhos defensores da igualdade reconhecem que há desigualdade no mundo e ela deve ser tratada diferente na medida de sua desigualdade, assim como disseram Aristóteles e Rui Barbosa².

Para tentar amenizar as desigualdades nasceram as ações afirmativas que, em tese, são de duração temporária e que visam equiparar diferenças de origem histórica que geram injustiças socioeconômicas, de gênero, étnico-raciais, entre outras.

Definem Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior:

... o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereciam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições.³

As ações afirmativas tratam então de uma discriminação positiva, e como foi dito podem atender várias formas de desigualdade. Como exemplos podem ser citados no Brasil: o PROUNI (Programa Universidade para Todos) que concede bolsas de estudo em universidades para aqueles que tiveram sua educação na rede pública, para estudantes com

1 “... nem devem os estados privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.”

2 Rui Barbosa, importante político e jurista brasileiro, ao ser paraninfo da turma de 1920 de Direito do Largo do São Francisco, disse em seu discurso: “Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”. Fonte: Wikipédia.

3 *Curso de direito constitucional*. 6 ed. 2002, p.93

deficiência, e até mesmo para professores da rede pública que pretendem fazer cursos destinados à formação do magistério da educação básica⁴; e a Lei nº 11.340/2006 conhecida como Lei Maria da Penha que visa evitar a violência doméstica.

O foco da pesquisa, no entanto, é o uso de ações afirmativas para assegurar a entrada de minorias étnicas e raciais no ensino superior. No Brasil, a ação afirmativa mais utilizada é o sistema de cotas raciais que se baseia principalmente em um argumento compensatório, e nos Estados Unidos utiliza-se de critérios de seleção baseados no argumento da diversidade.

Os defensores das ações afirmativas que acreditam que a raça deve ser considerada no ingresso às universidades e faculdades apresentam três argumentos: o da correção de distorções em testes padronizados e, principalmente, a compensação por erros do passado e a promoção da diversidade.

Corrigindo as distorções nos testes padronizados

O Brasil não utiliza o mesmo método adotado nos Estados Unidos para admissão de alunos na educação superior, mas ambos os países tem em comum a utilização de testes de conhecimento geral em alguma parte do processo seletivo.

Nos Estados Unidos, as universidades costumam pedir como um de seus requisitos a realização de testes como o SAT (Scholastic Assessment Test) e o ACT (American College Testing), que se equiparam ao Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) e aos vestibulares no Brasil.

A tese do argumento de que as ações afirmativas buscam corrigir distorções em testes padronizados é a de que estes exames acima mencionados seriam feitos na suposição de que todos os concorrentes estariam em um plano de igualdade, ou seja, feitos como se os concorrentes tivessem tido as mesmas oportunidades ou a mesma formação educacional durante suas vidas.

Os testes serem padronizados significa que não levam em conta a história de vida, o background, de quem presta as provas. Não se considera se o candidato não teve condições financeiras para ter uma boa educação, se ele vem de comunidades carentes, se foi segregado por algum motivo.

E qual a relevância disso? Esta desigualdade entre os candidatos importa, pois, em determinados casos uma pontuação considerada média que tenha sido alcançada por alguém

4 Lei nº 11.096, artigos 1º e 2º.

que não teve privilégios durante sua formação pode significar mais do que uma nota alta atingida por alguém que teve.

No Brasil tal ação afirmativa se faz presente, por exemplo, na Universidade de São Paulo (USP) e na Universidade de Campinas (UNICAMP). Estas universidades proporcionam um determinado acréscimo sobre a nota final de candidatos que se declararem negros ou economicamente desfavorecidos no momento da inscrição para o vestibular.⁵

No Estados Unidos, há o exemplo do curso de Direito da University of Texas que utiliza um critério de avaliação conhecido como Texas Index (TI), que é um resultado obtido após analisar a média de notas do candidato durante sua primeira faculdade (nos EUA o curso de Direito é como uma especialização, ou pós-graduação) e a nota obtida no LSAT (o SAT de Direito). A partir deste TI a universidade avalia a chance de sucesso do candidato no curso.

Acontece que o resultado do TI exigido varia dependendo do candidato. No ano de 1992, por exemplo, o score exigido para que os considerados brancos ou “minorias não preferenciais” fossem presumidamente aceitos no curso foi de 199.5, enquanto que o exigido para latino-americanos e negros foi apenas 189. A diferença para que os candidatos fossem eliminados diretamente, ou seja, a nota de corte, é ainda mais impressionante. Para os que foram considerados “não preferenciais” a nota de corte foi 192 e para os latino-americanos e negros apenas 179.⁶

É uma ação afirmativa muito criticada pelo motivo de nem sempre o beneficiado realmente precisar dela, podendo haver certo tipo de fraude como ocorre, pelo menos no Brasil, em casos de alunos com boa condição financeira cursarem o ensino médio em escolas

5 Pelo Programa de Inclusão Social da USP (Inclusp) o acréscimo pode variar de 12% a 30% dependendo de qual modalidade o candidato faça parte: Quem fez o ensino médio, mas não o ensino fundamental, em escola pública: 12%; Quem fez o ensino fundamental e médio em escola pública: 15%; Quem fez o ensino fundamental e médio em escola pública e fez o vestibular como treineiro (Pasusp): 20%; Quem fez o ensino fundamental e médio em escola pública e se declara negro ou indígena: 20%
Na UNICAMP serão adicionados 60 pontos na primeira fase do vestibular para candidatos que tenham cursado integralmente o Ensino Médio em escolas da rede pública, e mais 20 pontos para candidatos que se autodeclararem pretos, pardos ou indígenas e que também tenham cursado o período integralmente na rede pública. A primeira fase é composta por uma prova objetiva, de conhecimentos gerais, e pela nota do Enem. Os candidatos que passarem para a segunda fase receberão mais 90 pontos na prova de redação e outros 90 nas provas dissertativas. No caso de negros e indígenas que também tenham estudado em escola pública, há mais 30 pontos de bônus na segunda fase, além dos 90, totalizando 120 pontos.

Disponível em: <<http://www.tonorumo.org.br/2015/08/entenda-como-funcionam-os-bonus-nos-vestibulares-da-usp-e-da-unicamp/>> Acesso em 30 de junho de 2016.

6 Fonte: Caso HOPWOOD V. STATE OF TEXAS. Disponível em:< <http://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1120774.html>> Acesso em 30 de junho de 2016.

públicas visando acréscimo na pontuação do vestibular enquanto paga cursinhos preparatórios particulares em outro período. Há de se falar também em injustiça em casos em que um estudante negro que venha de família rica, frequentou os melhores colégios, obtenha uma vantagem que um estudante branco que pagou com muitas dificuldades uma escola particular não tenha direito.

Compensando injustiças passadas

Este argumento defende que aqueles considerados como minorias, por exemplo, os negros, se encontram hoje em uma situação de desvantagem em relação aos brancos por conta dos séculos de escravidão e segregação racial. As ações afirmativas seriam uma forma de compensar por todos esses anos de injustiças que os negros sofreram.

Para melhor entendimento, seguem as palavras do professor Michael Sandel:

O argumento compensatório considera a ação afirmativa uma solução para remediar as injustiças do passado. De acordo com esse argumento, alunos pertencentes às minorias devem ter preferência para compensar o histórico de discriminação que os coloca em posição de inferioridade. Esse argumento trata a admissão nas escolas e postos de trabalho essencialmente como um benefício para quem recebe e procura distribuí-lo de forma a compensar as injustiças passadas e suas consequências que ainda persistem.⁷

No Brasil, este argumento é o predominante para justificar o uso das ações afirmativas. Esta afirmação se justifica ao analisar o julgamento da ADPF 186, que será analisada com mais profundidade no decorrer da pesquisa, quando o STF julgou que o sistema de cotas na Universidade de Brasília é constitucional.

Naquela ocasião, em 2012, se justificaram por meio do argumento compensatório o relator Ricardo Lewandowski, o ministro Luiz Fux e a Ministra Rosa Weber. Lewandowski ainda enfatizou que as cotas visam instituir “um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções históricas”, e que “o modelo constitucional brasileiro contempla a justiça compensatória”.⁸

A maior crítica contrária a este argumento é a de que os beneficiados pela ação afirmativa não foram necessariamente os que sofreram as injustiças do passado e que, por isso, aquelas não enquadradas nas minorias beneficiadas não deveriam pagar por erros que não cometeram. Abre para discussão o questionamento sobre se há ou não uma responsabilidade coletiva, e se as pessoas tem uma responsabilidade moral de reparar danos

7 *Justiça – O que é fazer a coisa certa?*. 4 ed. 2011, p.212.

8 Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-abr-26/supremo-tribunal-federal-decide-cotas-raciais-sao-constitucionais>> Acesso em 30 de junho de 2016.

causados pelas gerações passadas.

Promoção da diversidade

Este último argumento é o mais convincente, e o que parece ser o mais justo. Novamente, recorre-se a Michael Sandel para iluminar o trabalho:

O argumento da diversidade para a ação afirmativa não depende de concepções controversas da responsabilidade coletiva. Tampouco depende de mostrar que o estudante pertence à minoria que tenha sido prioridade na admissão tenha sofrido pessoalmente alguma discriminação ou desvantagem. Ele trata a admissão do beneficiado não como uma recompensa, mas como um meio de atingir um objetivo socialmente mais importante.⁹

Este argumento propõe que as universidades possam definir sua missão social, e, portanto, admitir alunos novos de acordo com suas características pessoais que possam ajudar as universidades a cumprir suas missões.

Para esclarecer, significa dizer que as universidades irão aceitar seus alunos se baseando no que cada um pode trazer de diferente para a sala de aula, partindo da premissa de que uma diversidade estudantil melhora a qualidade de ensino e de aprendizagem ao realizar um choque cultural entre os estudantes.

É este argumento que permite, por exemplo, as concessões de bolsas atléticas tão conhecidas pelos brasileiros que assistem filmes americanos. As universidades, além de estarem investindo no esporte, investem também na educação, uma vez que acreditam que a experiência de vida e a visão de mundo que um jogador de basquete pode levar para a sala de aula, ao se chocar com as experiências e visões de um músico, de um asiático, ou de um latino-americano, podem levar a uma qualidade de aprendizagem maior do que se tivessem na mesma sala apenas alunos com o mesmo background ou as mesmas qualidades.

Está se falando do poder de direção das universidades de estabelecer os critérios que acharem convenientes, não existindo hierarquia entre estes critérios. O critério tradicional de avaliação de notas não é mais relevante que a habilidade do candidato de tocar um instrumento, falar várias línguas, praticar um esporte, ajudar em ONGs. A questão racial é apenas mais um critério, considerado como qualquer outro no momento da admissão.

Quando o caso Bakke (University of California v. Bakke de 1978) foi apresentado na Suprema Corte Americana para tratar das ações afirmativas, a Universidade de Harvard se pronunciou defendendo as ações na área da educação utilizando o argumento da diversidade:

⁹ Se o desempenho escolar tivesse sido o único e exclusivo critério, ou mesmo o
9 *Justiça – O que é fazer a coisa certa?*. 4 ed. 2011, p.213.

critério predominante (nas admissões), a Universidade de Harvard teria perdido grande parte de sua vitalidade e excelência intelectuais [...] e a qualidade da experiência educacional oferecida a todos os alunos teria sido prejudicada. [...] Antigamente, diversidade significava “estudantes da Califórnia, de Nova York e de Massachusetts; habitantes das cidades e fazendeiros; violinistas, pintores e jogadores de futebol; biólogos, historiadores e humanistas; corretores de ações, acadêmicos e políticos em potencial”. Agora, a universidade também se preocupa com a diversidade racial e étnica.¹⁰

Tão convincente se mostra este argumento que os críticos contrários a ele apresentam duas objeções, uma prática e uma ideológica, ambas sem muita expressão: I- a prática apenas diz que não é provável que a diversidade atinja seus objetivos; II- a ideológica diz que a teoria da diversidade iria intensificar as tensões raciais e provocar indignação entre os grupos que porventura acabarem rejeitados pelas universidades no processo seletivo.

Tendo sido apresentado o conceito das ações afirmativas e suas vertentes, mais fácil será a interpretação dos julgamentos das Supremas Cortes brasileira e americana a respeito do assunto, para perceber em qual país elas estão sendo utilizadas da melhor forma.

OS AMERICANOS E AS AFFIRMATIVE ACTIONS: EVOLUÇÃO DOS PRECEDENTES ATÉ O CASO FISCHER V. UNIVERSITY OF TEXAS

Dentre todos os Estados que utilizaram da escravidão no passado os Estados Unidos se destacam negativamente. O preconceito, o racismo, a discriminação e a segregação racial, durante e após o período escravocrata americano, foram um dos mais acentuados da história, senão os piores.

Foi no contexto da abolição que três emendas foram adicionadas na constituição americana, com destaque para a 14ª, que já foi mencionada anteriormente. Ela foi proposta exatamente para que ficasse claro aos americanos que nos os olhos da lei todos os cidadãos eram iguais.

Mesmo com a proteção constitucional em vigor, em 1896, a Suprema Corte Americana permitiu no caso Plessy v. Ferguson que escolas públicas segregassem alunos negros, na condição de que as salas destinadas a estes alunos tivessem as mesmas condições que as destinadas aos alunos brancos. Decisão absurda, que se sustentou por décadas.

Mudança jurisprudencial e a evolução do entendimento da Suprema Corte

Tal entendimento só foi derrubado em 1954, em uma das decisões mais importantes

10 Ibidem. p.214.

da história americana. Foi a partir do caso *Brown v. Board of Education* que a mais alta corte afirmou, unanimemente, que a segregação racial de crianças nas escolas públicas viola a Cláusula da Equidade da 14ª emenda. Apesar de tal decisão não ter sucedido em integrar os alunos totalmente, ela colocou a constituição ao lado da igualdade racial e criou um marco para o desenvolvimento dos direitos civis.¹¹

Um dos motivos que não permitiram que esta decisão revolucionária atingisse totalmente o objetivo da integração foi justamente o fato de ela não constar em seu “acórdão” os meios para que a segregação fosse resolvida. Pouco tempo depois, em uma espécie de continuação do caso, na decisão conhecida como *Brown II* a Corte se limitou a dizer que a integração nas escolas ocorresse “o mais rápido possível”.

Nas décadas seguintes, apareceram aos poucos as affirmative actions como forma de tentar diminuir as desigualdades e estimular a diversidade no âmbito educacional.

Como base para que se estabelecessem limites e parâmetros para regular estas ações afirmativas, notáveis são os casos *Regents of the University of California v. Bakke* (1978), *Grutter v. Bollinger* (2003) e *Gratz v. Bollinger* (2003).

O primeiro estabeleceu que as ações afirmativas são sim constitucionais, desde que as universidades justifiquem seu uso e argumentem de maneira convincente. Por outro lado, declarou inconstitucional a reserva de um determinado número de vagas destinadas a negros, latinos, asiáticos e indígenas. O caso foi a Corte quando um aluno se sentiu tolhido de seu direito ao ser rejeitado no curso de Medicina da Universidade da Califórnia que, de cem vagas, dezesseis estavam previamente destinadas para preenchimento de cota racial.¹²

O segundo e o terceiro caso aconteceram na Universidade de Michigan (UM), nos quais reafirmaram totalmente o entendimento do caso *Bakke*. Nestas ocasiões, Lee Bollinger, então Presidente da UM, foi chamado para responder sobre a constitucionalidade do uso de ações afirmativas (*Grutter*) e da distribuição de pontos gerados unicamente pelo fator raça (*Gratz*).

Se baseando no precedente de 1978, a Suprema Corte voltou a confirmar a constitucionalidade das ações afirmativas, desde que pautadas no argumento da diversidade e de acordo com a missão da universidade, assim como julgou inconstitucional uma vantagem que a UM concedia automaticamente aos candidatos simplesmente pelo fato de eles serem de

11 Estudo do caso *Brown v. Board of Education* (1954). Disponível em: <http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/rights/landmark_brown.html> Acesso em 30 de junho de 2016.

12 Estudo do caso *Regents of the University of California v. Bakke* (1978). Disponível em:<http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/rights/landmark_regents.html> Acesso em 30 de junho de 2016.

uma raça ou de outra.¹³

Toda essa jurisprudência consolidada durante os anos serviu, em 2016, de aparato a ser utilizado pela Suprema Corte no caso *Fischer v. University of Texas*, momento em que mais uma vez a constitucionalidade das ações afirmativas foi colocada em dúvida.

O caso *Fischer v. University of Texas* (2016)

Este caso merece um lugar de destaque na história da Suprema Corte americana. Para quem o analisa sem muita atenção, pode até parecer que não foi um caso que motive tanto alarde, pode considerar que ele apenas repetiu os entendimentos firmados pela Corte nos casos *Bakke* e *Grutter*, o que realmente fez, e que Abigail Fischer entrou na justiça como um “caso perdido”. No entanto, nas palavras de Lawrence H. Tribe, um professor de Direito de Harvard, “No decision since *Brown v. Board of Education* has been as important as *Fisher* will prove to be in the long history of racial inclusion and educational diversity.”¹⁴

Há oito anos, este caso tramitava na justiça. Foi preciso duas passagens por um Tribunal de Apelações (penúltima instância possível) e duas passagens pela Suprema Corte até que fosse resolvido. Nunca as ações afirmativas haviam sido tão ameaçadas de desaparecer.

Tudo parecia se voltar a favor da inconstitucionalidade das ações. Talvez, não fosse a morte do Ministro Antonin Scalia, que era extremamente conservador, no começo de 2016, a decisão teria tomado outro rumo. Com este assento vago, e o voto da liberal Elena Kagan, impedida porque a mesma havia trabalhado no caso anteriormente em outra função, restavam sete ministros, sendo quatro deles declaradamente conservadores.

Contudo, inesperadamente, o Ministro Anthony Kennedy que nunca havia votado a favor de ações afirmativas (inclusive no caso *Grutter*) votou pela constitucionalidade das ações praticadas pela *University of Texas*, tendo o caso sido vencido pelo placar de 4 a 3.

A Universidade do Texas usa há anos uma política de admissão que aceita praticamente todos os alunos que se formarem no ensino médio entre os 10% melhores alunos do colégio. Este fator, por si só, ajudou a aumentar a diversidade étnica e racial do campus, preenchendo cerca de 75% das vagas disponíveis na universidade todo ano. Porém, o que foi

13 Estudo dos casos *Grutter v. Bollinger* (2003) e *Gratz v. Bollinger* (2003). Disponível em:<
http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/future/landmark_grutter.html> Acesso em 30 de junho de 2016.

14 “Nenhuma decisão desde *Brown v. Board of Education* (1954) tem sido tão importante quando *Fischer* vai provar ser na longa história de inclusão racial e diversidade educacional”. Disponível em :<
<http://www.nytimes.com/2016/06/24/us/politics/supreme-court-affirmative-action-university-of-texas.html>> Acesso em 30 de junho de 2016.

questionado, é que para as vagas remanescentes a universidade também utiliza de ações afirmativas buscando diversidade, com critérios de avaliação que consideram raça um fator.

Para rebater a crítica a esta prática da universidade, defendendo a diversidade, Anthony Kennedy escreveu que políticas de admissão que se apegam apenas aos rankings de escolares criam incentivos perversos, já que podem encorajar alguns pais a colocar os filhos em escolas mais “fáceis” e impedir que eles cursem matérias que são consideradas difíceis e que poderiam diminuir suas notas.¹⁵

Dos votos vencidos, dois merecem ser mencionados: Ministro Clarence Thomas, que é negro, votou pela inconstitucionalidade alegando quebra no princípio da igualdade e da 14ª emenda; e o Ministro Samuel Alito afirmou que a universidade, parte do processo, nunca demonstrou que os benefícios educacionais da diversidade racial realmente ocorrem.¹⁶

Esta decisão, no entanto, não se aplica automaticamente para todos os programas de ação afirmativa. Nas palavras do próprio Ministro Kennedy, ao fechar sua opinião, “o caso Fischer não significa necessariamente que a universidade pode contar com suas políticas (de admissão) sem realizar um refinamento”, escreveu. “É uma obrigação contínua da universidade de se comprometer em constante deliberação e continuada reflexão relacionadas às políticas de admissão”.¹⁷ E esta opinião, como não poderia ser diferente, se aplica a todas as universidades que possuem políticas semelhantes.

AÇÕES AFIRMATIVAS EM UNIVERSIDADES NO BRASIL: A ADPF 186

No Brasil, casos questionando políticas afirmativas também chegaram a ser julgados na mais alta corte. Notavelmente, o Supremo Tribunal atuou no RE 597.285 e na ADPF 186. Este, o caso mais importante, tratou da constitucionalidade do sistema de cotas étnico-raciais na seleção de alunos na Universidade de Brasília (UnB), e aquele discutiu o sistema de cotas utilizado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Para fins de aprofundamento, será explorado apenas o caso de maior repercussão até hoje que foi o julgamento da ADPF 186. Para fins de curiosidade, na UFRGS, o sistema de cotas foi considerado constitucional.

Como já foi exposto, no Brasil, vigora o argumento da compensação pelas injustiças

15 Idem.

16 Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2016-jun-26/suprema-corte-mantem-cota-racial-universidades-eua?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook > Acesso em 30 de junho de 2016.

17 Disponível em: < <http://www.economist.com/blogs/democracyinamerica/2016/06/race-and-university-admissions> > Acesso em 30 de junho de 2016.

do passado, a ideia de uma justiça compensatória que prega uma dívida histórica da sociedade com os grupos que sofreram discriminação por séculos.

Este argumento apareceu várias vezes durante a sessão que considerou o sistema de cotas da UnB constitucional. Como era de se esperar, a votação foi unânime, terminando em 10 a 0 após todos seguirem o voto do relator Ricardo Lewandowski. A única ausência foi a do Ministro Dias Toffoli, que se declarou impedido por já ter oficiado na causa como advogado-geral da União.

Em um voto de 47 páginas, no qual o relator destrinchou brilhantemente o assunto, Lewandowski conclui que:

As experiências submetidas ao crivo desta Suprema Corte têm como propósito a correção de desigualdades sociais, historicamente determinadas, bem como a promoção da diversidade cultural na comunidade acadêmica e científica. No caso da Universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudantes negros e de “um pequeno número” delas para “índios de todos os Estados brasileiros”, pelo prazo de 10 anos, constitui providência adequada e proporcional ao atingimento dos mencionados desideratos. Dito de outro modo, a política de ação afirmativa adotada pela UnB não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se, também sob esse ângulo, compatível com os valores e princípios da Constituição.¹⁸

Foram também registrados em alguns votos, como o do próprio Lewandowski, argumentos sobre como a diversidade seria um fator que justifica o sistema de cotas. Nos votos dos ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, foram registradas menções às políticas afirmativas nos Estados Unidos dando como um bom exemplo de sucesso a ascensão de Barack Obama à presidência. Ambos os argumentos, como se provará, são imprecisos e incompatíveis com o Brasil.

Ainda, como nos mostra Pedro Lenza, no Informativo 663/STF, a Suprema Corte declarou o reconhecimento da proclamação na Constituição da igualdade material, sendo que, para assegurá-la o Estado poderia:

lançar mão de políticas de cunho universalista – a abranger número indeterminado de indivíduos – mediante ações de natureza estrutural; ou de ações afirmativas – a atingir grupos sociais determinados – por meio da atribuição de certas vantagens, por tempo limitado, para permitir a suplantação de desigualdades ocasionadas por situações históricas particulares. Certificou-se que a adoção de políticas que levariam ao afastamento de perspectiva meramente formal do princípio da isonomia integraria o cerne do conceito de democracia. Anotou-se a superação de concepção estratificada da igualdade, outrora definida apenas como direito, sem que se cogitasse convertê-lo em possibilidade.¹⁹

Tendo sido mostrados os entendimentos das Cortes Supremas americana e brasileira

18 Voto do relator, folhas 46-47. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/adpf-186-voto-ministro-ricardo.pdf> > Acesso em: 30 de junho de 2016.

19 *Curso de direito constitucional esquematizado*. 19. Ed. p.1161.

a respeito das ações afirmativas, sendo ambos favoráveis a tais políticas, muda-se a atenção para a análise desses entendimentos, com fim de descobrir se ambas acertaram. Se a resposta for não, qual Corte julgou corretamente? Qual possui os melhores argumentos para justificar o entendimento? Qual a solução para corrigir os erros?

AS AÇÕES AFIRMATIVAS NAS UNIVERSIDADES SÃO COMPATÍVEIS EM TODOS OS PAÍSES?

Para responder esta pergunta é preciso ir além da ação afirmativa em si. Não se trata de julgar se elas são justas ou injustas, necessárias ou não, dúvidas que já se mostraram solucionadas e para ambas a resposta é sim.

A análise deve ser sobre a utilização dessas ações em cada país; se, apesar de serem necessárias, estão sendo utilizadas de maneira que garantam realmente a igualdade e não a viole; se o método de admissão universitária é compatível com a forma de ação afirmativa escolhida; e se as respostas forem não, a análise deve ser sobre o que fazer a respeito para melhor garantir os direitos das minorias.

O caso americano

Nos Estados Unidos, justamente pela forma que são realizados os processos de admissão pelas instituições de ensino superior, o uso das ações afirmativas se faz coerente e não viola direitos.

Para chegar a esta conclusão, é dispensável conhecer dos precedentes da Suprema Corte. Ora, analisando o processo de admissão fica claro que ele é subjetivo. As universidades prestam atenção não somente aos números, não se limitam a realizar testes ou exames meramente objetivos, elas buscam conhecer as características dos candidatos e os escolhem a partir de suas características que os fazem diferentes, características que podem influenciar positivamente a aprendizagem deles e dos colegas.

Os critérios analisados variam de uma universidade para outra, mas a maioria delas utiliza de notas em testes como o ACT e SAT, o GPA do candidato, e muitas delas exigem uma application. Na application devem conter as informações do aplicando, tais como: história de vida; atividades extraclasse; participação em organizações; plano de vida; motivo por querer estudar naquela universidade específica; e também as chamadas cartas de recomendação, que devem ser de pessoas respeitadas como antigos professores, e diretores de

colégio, para que falem bem do candidato em questão, a fim de que a universidade possa conhecê-lo por meio de outras pessoas que participaram de sua formação.²⁰

Sabendo como o aluno é, a universidade decide se o escolhe ou não baseada no propósito cívico estabelecido pela instituição de ensino ou, em outras palavras, sua missão. Esta missão pode ser, e muitas vezes é, relacionada a aumentar a diversidade étnica e racial no campus, na sociedade, e no mercado de trabalho, partindo da ideia de que alunos, profissionais, e líderes prosperam mais se tiverem contato com diferentes tipos de pensamento e ideais.

Neste caso, não há de se falar em injustiça. Na maioria dos precedentes da Corte americana citados, a questão envolvia em um polo da ação, uma pessoa branca que se sentiu discriminada ao ser rejeitada na universidade, enquanto outras pessoas negras com as mesmas notas foram admitidas.

O que estas pessoas não entendem é que os negros admitidos não foram aceitos pelo simples fato de serem negros. Foram admitidos porque, além de terem notas consideradas necessárias, as universidades julgaram que pelo fato de serem negros eles trariam outras qualidades que os brancos não poderiam oferecer e, dessa forma, se encaixariam melhor nos propósitos cívicos das universidades.

Utilizando-se novamente do conhecimento de Michael Sandel, podemos entender que “ninguém tem o direito de ser avaliado segundo qualquer conjunto particular de critérios que não os da universidade.” Completa ainda o renomado professor:

[...] a admissão não é uma honraria destinada a premiar o mérito ou a virtude superiores. Nem o aluno com as mais altas notas nos testes nem aquele que vem de uma minoria merecem moralmente ser admitidos por esses motivos. A admissão é aceitável na medida em que contribui para o propósito social ao qual a universidade serve, e não porque recompense o aluno por seu mérito ou sua virtude. Considerados de forma independente. Na concepção de Dworkin, a justiça nas admissões não é uma questão de premiar o mérito ou a virtude; só poderemos saber qual será a maneira justa de distribuir as vagas das turmas de calouros uma vez que a universidade defina sua missão. A missão estabelece os méritos relevantes, e não o contrário.²¹

Assim sendo, aqueles que entraram na justiça nos julgamentos estudados neste trabalho, nunca tiveram o direito que acreditavam ter sido violado. O direito de serem avaliados meramente pela capacidade de ir bem aos testes e exames nunca os pertenceu, visto que este nunca foi o critério exclusivo analisado pelas universidades.

20 “*Applying for Admission in a US program*”. Disponível em :<
<https://www.studyusa.com/en/a/34/applying-for-admission-to-a-u-s-program>> Acesso em 30 de junho de 2016.

21 *Justiça – O que é fazer a coisa certa?*. 4 ed. 2011, p.216.

Vale ressaltar, então, que o entendimento americano a respeito das ações afirmativas são de fato constitucionais e compatíveis, lembrando que, em dois casos famosos, a corte rejeitou a possibilidade de cotas que separassem vagas para determinado tipo de grupo social pelo simples fato de os candidatos pertencerem a estes grupos.

O caso brasileiro; uma crítica ao sistema educacional

No Brasil a situação é diferente. A política de admissões adotada no país é a de realização de prova de conhecimentos gerais, muitas vezes com fases objetivas e escritas, exigindo também a produção de uma dissertação. A partir de uma média tirada dessas avaliações, sabe-se se o candidato à vaga conseguiu ser aprovado ou não, se esta média tenha sido acima da chamada nota de corte e se esteve entre os “x” melhores candidatos que concorreram à “x” número de vagas disponíveis para determinado curso.

É possível encontrar pontos em comum com o método americano, que também exige notas de testes de conhecimentos gerais e a produção de dissertações. Porém, nos EUA, estes são apenas alguns dos critérios de avaliação, enquanto que no Brasil estes são os critérios definitivos.

Para defender este sistema, é possível dizer que ele diminui as injustiças, pois, não leva em conta critérios arbitrários na hora de escolher o aprovado. Por exemplo, nos EUA, a pessoa não tem culpa de ter nascido sem as qualidades que a sociedade precisa no momento, ou sem as qualidades que interessem às universidades, apesar de serem capazes de atingir notas boas.

Desta forma, apresenta um caráter meritocrático, passando a ideia de que todos, se estudarem e se esforçarem, serão merecedores de uma vaga nas universidades. O problema deste argumento é que, de acordo com uma das teorias da justiça distributiva de John Rawls, meritocracia seria a livre concorrência onde todos podem alcançar seus objetivos na medida em que todos partem de um mesmo começo, de um mesmo ponto de partida.²²

A realidade, no entanto, se mostra diferente. É de conhecimento geral que o Brasil é um país com inúmeras desigualdades, sendo a educação e a distribuição de renda suas principais. Como então estabelecer um sistema de aprovação meritocrático, partindo da suposição de que todos os alunos têm condições iguais de conquistar uma vaga no ensino superior?

22 *Justiça – O que é fazer a coisa certa?*. 4 ed. 2011, p.195.

O Brasil passou então a utilizar das ações afirmativas, a fim de diminuir tais desigualdades e aumentar a igualdade nos vestibulares. As duas opções mais utilizadas no momento, são o acréscimo da nota dependendo do grupo social que a pessoa pertence, e o sistema de cotas raciais ou sociais. Acontece que, se, por um lado, elas tentam igualar as condições para que na hora do vestibular todos tenham o mesmo “ponto de partida”, de outro lado, a contrario sensu, desigualam as condições para aqueles que não se encaixam nos grupos beneficiados.

No caso brasileiro, não cabe a defesa de que estas cotas ou acréscimos sobre as notas finais priorizam a diversidade étnica e cultural e que, por isso, originam um melhor desempenho e qualidade no ensino. Isto porque é simplesmente contraditório utilizar um argumento de um método subjetivo de admissões, ou até mesmo mencionar que possivelmente a missão de uma universidade brasileira seja aumentar a inclusão, ao mesmo passo em que se utiliza de métodos objetivos de admissão como o ENEM e os vestibulares.

Apesar de reconhecer que as ações afirmativas são benéficas para a educação em qualquer lugar do mundo, reconhece-se também que o Brasil utiliza estas ações de uma maneira no mínimo inadequada. A forma que as universidades brasileiras escolheram não é compatível com as justificativas para as políticas afirmativas e violam sim o princípio constitucional da igualdade.

Da maneira como esta situação vem sendo lidada, não só os não beneficiados pela política afirmativa se sentem discriminados. Esta forma discrimina também aqueles beneficiados, pois o sistema os confunde de certa forma ao apresentar como melhor opção para melhorar de vida o estudo, que é uma solução meritocrática (vestibular), e ao mesmo tempo o coloca em uma situação de inferioridade ao julgar que pelos seus antecedentes ele merece um “empurrão” para se igualar aos demais.

Soluções para o Brasil

Assim como julgou a Suprema Corte americana nos casos Bakke e Grutter, ações afirmativas são constitucionais se os critérios étnico-racial ou social fizerem parte de um dos critérios (e não os únicos) levados em consideração na hora da admissão de estudantes nas universidades. Desses casos se entende também que as ações afirmativas devem estar de acordo com a missão estipulada por cada universidade e estar dentro de critérios de razoabilidade.

No próprio caso Bakke e no caso Gratz a Corte deixou claro que qualquer sistema de cotas raciais propriamente ditas, como a reserva de vagas para determinado grupo de pessoas, ou o automático acréscimo de nota motivado simplesmente por questão racial, são inconstitucionais.

Podem-se enxergar duas alternativas para tentar melhorar a aplicação das ações afirmativas no Brasil.

A primeira delas seria observar a jurisprudência americana e realizar um diálogo jurisprudencial, analisando como e até que ponto entendimentos da Suprema Corte dos Estados Unidos podem ser importados para o Brasil.

A segunda alternativa, talvez essencial para a realização da primeira, seria uma reforma estrutural no sistema educacional brasileiro, que por analisar exclusivamente critérios objetivos acaba engessando a capacidade dos alunos de desenvolver seus talentos e habilidades. No Brasil, o aluno é preparado do início ao final de sua educação para o vestibular, o conteúdo programático é padronizado, e não há outra opção disponível.

Se o Brasil se amoldar aos critérios americanos, de analisar o aluno não só por uma prova, mas por toda sua formação de vida, e dar a ele a opção de se dedicar as matérias que mais tiver aptidão, não o incentivar a desistir do esporte ou da música, por exemplo, para se dedicar ao estudo de um conteúdo o qual provavelmente não lhe será útil nem metade após se profissionalizar, aí sim seria possível vislumbrar uma solução para a crise da educação no país e uma utilização correta das affirmative actions.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi percorrido neste trabalho sobre as ações afirmativas nas instituições de ensino superior tanto aqui, em território brasileiro, quanto nos Estados Unidos. A partir de um estudo de cada caso em particular, foi possível obter um entendimento, ou uma visão geral.

Este tema, um tanto quanto polêmico, está sempre presente na sociedade e nas discussões acadêmicas, e, portanto, de maneira alguma o trabalho almejou encerrar as dúvidas e incertezas a respeito do assunto. Almejou, contudo, abordar uma visão diferente da usual, e buscou fugir do incansável dualismo vivido na atualidade onde a pessoa nada pode fazer que logo é considerada ser de esquerda ou de direita.

Diferente do usual no sentido de que ao analisar como a questão é tratada em outros países, especialmente nos Estados Unidos, uma potência mundial, é preciso ter a humildade

de olhar para o que existe no Brasil e reconhecer os erros e tentar aprender coisas novas, o que raramente ocorre. Neste sentido, a decisão do caso Fischer v. UT veio em ótimo momento, por ser atual e tão diferente da decisão da ADPF 186 que traz o atual entendimento sobre o assunto em âmbito nacional, o que mostra o quão atrasado os brasileiros estão.

Quanto a fugir do dualismo, o trabalho quis expor uma visão humanitária, para que o leitor tente interpretar racionalmente qual situação é mais justa para a sociedade como um todo sem ter medo da generalização que acontece ao rotular os defensores das ações afirmativas como esquerdistas, progressistas, ou liberais. A motivação é outra, não se trata de disseminar ideologia, mas sim de achar a solução que melhor respeite o princípio da igualdade.

Espera-se que o trabalho tenha cumprido com seu objetivo, que abra a porta para mais debates, e que venha a ser útil para os estudantes e operadores do Direito, assim como para qualquer um que se interesse nesta eterna discussão.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto Davi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Applying for Admission in a US program”. Disponível em :<<https://www.studyusa.com/en/a/34/applying-for-admission-to-a-u-s-program>> Acesso em 30 de junho de 2016.

Brown v. Board of Education (1954). Disponível em: <http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/rights/landmark_brown.html> Acesso em 30 de junho de 2016.

Entenda como funcionam os bônus nos vestibulares da USP e da UNICAMP. Disponível em:<<http://www.tonorumo.org.br/2015/08/entenda-como-funcionam-os-bonus-nos-vestibulares-da-usp-e-da-unicamp/>> Acesso em 30 de junho de 2016.

Grutter v. Bollinger (2003) e Gratz v. Bollinger (2003). Disponível em:<http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/future/landmark_grutter.html> Acesso em 30 de junho de 2016.

HOPWOOD V. STATE OF TEXAS. Disponível em:<<http://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1120774.html>>Acesso em 30 de junho de 2016.

Lei nº 11.096, artigos 1º e 2º.

LENZA, Pedro. Curso de direito constitucional esquematizado. 19. Ed. São Paulo: Saraiva 2015.

LEWANDOWSKI, Ricardo. ADPF 186: voto do relator. Disponível em:<
<http://s.conjur.com.br/dl/adpf-186-voto-ministro-ricardo.pdf>> Acesso em: 30 de junho de 2016.

Race and university admissions. Disponível em:<
<http://www.economist.com/blogs/democracyinamerica/2016/06/race-and-university-admissions>> Acesso em 30 de junho de 2016.

Regents of the University of California v. Bakke (1978). Disponível em:<
http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/rights/landmark_regents.html> Acesso em 30 de junho de 2016.

SANDEL, Michael. Justiça – O que é fazer a coisa certa?.4 ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011.

Suprema Corte mantém cota racial para universidades dos EUA. Disponível em:<http://www.conjur.com.br/2016-jun-26/suprema-corte-mantem-cota-racial-universidades-eua?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook> Acesso em 30 de junho de 2016.

Supreme Court upholds affirmative action program at University of Texas. Disponível em:<
<http://www.nytimes.com/2016/06/24/us/politics/supreme-court-affirmative-action-university-of-texas.html>> Acesso em 30 de junho de 2016.

Supremo Tribunal Federal decide que cotas raciais são constitucionais. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2012-abr-26/supremo-tribunal-federal-decide-cotas-raciais-sao-constitucionais>> Acesso em 30 de junho de 2016.