

RESPONSABILIDADE DO ESTADO



VII
SIACRID

SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO



ORGS.

MÉRCIA MIRANDA VASCONCELLOS CUNHA

VINÍCIO CARRILHO MARTINEZ

DIEGO NASSIF DA SILVA

©2017 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Mércia Miranda Vasconcellos Cunha, Vinício Carrilho Martinez & Diego Nassif da Silva
(Orgs.)

Tiago Cappi Janini
(Editor)

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

Comissão Científica do VII SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)

Prof. Dr. Flavio Luiz de Oliveira (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)

Responsabilidade do Estado / Mércia Miranda Vasconcellos
Cunha, Vinício Carrilho Martinez & Diego Nassif da Silva,
organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2017.
(Anais do VII Simpósio Internacional de Análise Crítica
do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-58-6

1. Responsabilidade do Estado / Mércia Miranda
Vasconcellos Cunha, Vinício Carrilho Martinez & Diego
Nassif da Silva.

CDU-342

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Responsabilidade do
Estado.

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

A ABUSIVIDADE DOS PLANOS DE SAÚDE COMO FRUTO DAS FALHAS NA FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO ESTADO	5
Alfeu Paulo da SILVA JÚNIOR Letícia da Silva BELUZIO	
A CRISE ENDÊMICA DO SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL: TRAÇOS DO DESCASO INSTITUCIONAL TENDENTES AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A ADPF Nº 347	27
Larissa Aparecida COSTA Vinícius Marin CANCIAN	
A EDUCAÇÃO AMBIENTAL CONTEMPORÂNEA COMO INSTRUMENTO DE EMPODERAMENTO DO INDIVÍDUO NAS RELAÇÕES SOCIOAMBIENTAIS	50
Ikaro Eduardo SEOLIN	
A EXTRAFISCALIDADE DA LEI ROUANET: OS INCENTIVOS FISCAIS COMO CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À CULTURA	65
Bárbara FERNANDES	
ANÁLISE CRÍTICA AO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO FRENTE AOS PROBLEMAS RELATADOS NO FILME CARANDIRU	85
Beatriz Ferruzzi REBES Marcus Vinicius Feltrim AQUOTTI	
ANÁLISE E APLICAÇÃO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA NO MARCO CIVIL DA INTERNET	99
Luna STIPP Fernando de Brito ALVES	
A PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL	117
Fernando Cesar Mendes BARBOSA	
A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA INCLUSÃO EDUCACIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA REDE PÚBLICA DE ENSINO	133
Leiliane Barros Cardoso ALMEIDA Danielle Regina Bartelli VICENTINI	
DIREITO À INOVAÇÃO NO PARADIGMA CONSTITUCIONAL DE 1988 E OS DELINEAMENTOS DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO COMERCIAL	156
Daniela Ramos Marinho GOMES Luiz Otávio BENEDITO	

DIREITOS SOCIAIS, DIGNIDADE HUMANA E PROPORCIONALIDADE: NOTAS EM TORNO DA DISCUSSÃO SOBRE O CONFLITO ENTRE LIBERDADE RELIGIOSA E POLÍTICAS PÚBLICAS	177
Elisângela PADILHA João Victor Nardo ANDREASSA	
IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A BOA ADMINISTRAÇÃO À LUZ DO GERENCIALISMO	197
Beatriz Lopes Thomazini NEVES Igor Canale Peres MONTANHER	
O ATO DE CONCEBER UMA VIDA NAS SOMBRAS: ANÁLISE À SAÚDE DA MULHER GRÁVIDA EM SITUAÇÃO DE PRISÃO	215
Beatriz ABUJAMRA Nathália Santos ARAUJO	
O CARÁTER AMPLIATIVO DOS CONCEITOS DE CONFLITO INTERNO ARMADO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	236
Gustavo Martinez BORGES Lucas Octávio Noya dos SANTOS	
O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E A POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	251
Franciele Cristiane Meira FIOR Fernanda de Matos Lima MADRID	
PROGRAMAS GOVERNAMENTAIS DE COMBATE À ESCRAVIDÃO: MÉTODO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO	268
Caio Vinícius Roldão AGARIE Tiago Domingues BRITO	

A ABUSIVIDADE DOS PLANOS DE SAÚDE COMO FRUTO DAS FALHAS NA FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO ESTADO

Alfeu Paulo da SILVA JÚNIOR¹
Letícia da Silva BELUZIO

RESUMO

É preocupação de todos o acesso a uma saúde de qualidade, esta que deve ser garantida pelo Estado conforme é previsto em nossa Constituição Federal. Entretanto, assim como em relação a outras necessidades básicas que são direitos de todo o cidadão brasileiro, o Estado também peca no fornecimento dos serviços de saúde pública, e é nesse contexto que surgiram os planos de saúde. Muito embora a legislação específica referente aos planos tenha surgido em 1998, eles já existem há muito tempo e sempre existiu uma grande divergência envolvendo as empresas fornecedoras dos serviços de saúde e seus consumidores: o limite entre o que deve ou não ser fornecido, e quais os procedimentos clínicos os contratantes de um plano tem direito. Antes da entrada em vigor da lei dos planos de saúde e posterior surgimento da ANS, eram muito maiores os abusos praticados pelos planos em face de seus clientes, entretanto mesmo com o ordenamento jurídico visando tutelar a relação entre planos contratados e seus contratantes, há inúmeras cláusulas abusivas que ainda existem nos contratos e muitas práticas abusivas realizadas pelos planos. Dessa forma, temos a certeza de que há falhas na fiscalização dos planos de saúde feita pela ANS, visto que na grande maioria das vezes, o Judiciário precisa ser provocado para proteger os consumidores contra práticas abusivas dos planos de saúde. É necessário assim, repensar todo o funcionamento do sistema fiscalizatório e regulatório da saúde suplementar, buscando maior efetividade na aplicação da legislação, e maior proteção aos consumidores.

PALAVRAS-CHAVE: Planos de saúde, lei dos planos de saúde, práticas abusivas, ANS, fiscalização.

RESUMEN

Es preocupación de todos el acceso a una salud de calidad, ésta que debe ser garantizada por el Estado conforme está previsto en nuestra Constitución Federal. Sin embargo, así como en relación a otras necesidades básicas que son derechos de todo el ciudadano brasileño, el Estado también peca en el suministro de los servicios de salud pública, y es en ese contexto que surgieron los planes de salud. A pesar de que la legislación específica sobre los planes ha surgido en 1998, ya existen desde hace mucho tiempo y siempre ha habido una gran divergencia que afecta a las empresas proveedoras de servicios de salud y sus consumidores: el límite entre lo que debe o no ser suministrado, y Los procedimientos clínicos los contratistas de un plan tienen derecho. Antes de la entrada en vigor de la ley de los planes de salud y posterior surgimiento de la ANS, eran mucho mayores los abusos practicados por los planes frente a sus clientes, sin embargo, incluso con el ordenamiento jurídico para tutelar la relación entre planes contratados y sus contratistas, hay innumerables Cláusulas abusivas que aún existen en los contratos y muchas prácticas abusivas realizadas por los planes. De esta forma, estamos seguros de que hay fallas en la fiscalización de los planes de salud hecha por la ANS, ya que en la gran mayoría de las veces, el Poder Judicial debe ser provocado para proteger a los consumidores contra prácticas abusivas de los planes de salud. Es necesario, repensar todo el funcionamiento del sistema fiscalizatorio y regulatorio de la salud suplementaria, buscando mayor efectividad en la aplicación de la legislación, y mayor

1 Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, cursa Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná.

protección a los consumidores.

PALABRAS CLAVE: planes de salud, ley del cuidado de la salud, vigilancia de las prácticas abusivas, NSA

INTRODUÇÃO

Sempre foi de grande preocupação para todas as pessoas, a possibilidade de terem acesso a uma saúde de qualidade quando necessitarem em virtude de tratamento para determinada doença. A saúde, que é direito social assegurado pela Constituição Federal e deve ser fornecida indistintamente a todos os indivíduos residentes no Brasil da melhor maneira possível pelo Estado.

Entretanto, sabemos que o Estado encontra (historicamente) grandes dificuldades em atender às necessidades básicas da população (como educação, saúde, segurança, transporte, etc), e com a saúde não é diferente, sendo que embora tenha como dever fornecê-la a todos com qualidade, o que observamos na prática são estruturas precárias, atendimentos desqualificados, filas intermináveis para se conseguir cirurgias, exames, etc.

Dessa forma, a saída vista para amenizar tais problemas foi a estruturação de um sistema de saúde privada, consubstanciado nos planos de saúde que fornecem os mais diversos procedimentos de saúde a seus contratantes, a troca de contrapartida financeira.

Na teoria seria maravilhoso acreditar que a solução para se ter acesso a um sistema de saúde de qualidade, seria firmar contrato com uma empresa que forneça saúde suplementar (desde que se tenha condição de contratar um plano), entretanto mesmo assim podemos afirmar que há inúmeros problemas envolvendo os planos de saúde e seus clientes.

No capitalismo, as relações jurídicas são muito pautadas na busca pelo lucro financeiro, e na celebração dos contratos de planos de saúde, infelizmente não é diferente. São inúmeras as práticas abusivas realizadas pelos planos, onde geralmente o que se visa, é tirar vantagem de determinadas situações para que seja possível ter menos prejuízos (e maiores lucros).

Dessa forma, observa-se que o Judiciário está abarrotado de casos envolvendo os planos de saúde e a abusividade de suas práticas contratuais que lesionam os seus clientes. Apesar da lei dos planos de saúde, Código de Defesa do Consumidor, e outras leis e resoluções administrativas que proíbem práticas e cláusulas contratuais abusivas celebradas em contratos de saúde suplementar, elas continuam se perpetuando demonstrando clara ofensa e desrespeito às leis que estão postas e determinam sobre como o sistema de saúde privada deve funcionar.

Fica evidente que há falhas no sistema, que serão apresentadas, visto que se trata de assunto muito delicado, pois a partir do momento que se fala em direito à saúde, também se está falando sobre o direito à vida, uma vez que cercear o acesso a um atendimento médico de qualidade, pode gerar incalculáveis prejuízos ao consumidor de um plano de saúde.

1 CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE, A APLICABILIDADE DO CDC, ÓRGÃOS REGULADORES E CLÁUSULAS ABUSIVAS

1.1 Surgimento dos planos de saúde, origem da regulamentação no Brasil e aplicabilidade do CDC

Sabe-se que o direito à saúde está consagrado em nossa Constituição Federal, em seu artigo 196, que assim preleciona:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Desta feita, fica evidente caber ao Poder Público a obrigatoriedade de garantir o acesso à saúde de qualidade a todos os cidadãos residentes no Brasil. Desde a Constituição Federal de 1988, a assistência à saúde é realizada através do SUS (Sistema Único de Saúde), este que segundo as lições de Montone (2009, p.133) “é algo relativamente recente na história brasileira. Foi criado em 1988 pela Constituição, começou a ser regulamentado em 1990 e teve um início quase trágico, pois a assistência à saúde deixou a área da previdência social e foi para a da saúde”.

Porém, apesar de o SUS ser algo relativamente recente, já é visto pela população com maus olhos, uma vez que a saúde pública não consegue realizar efetivamente o seu papel de garantir o acesso à saúde de qualidade aos indivíduos. Não se pretende aqui afirmar que o SUS é um total fracasso, mas registrar que possui sim muitas falhas na maneira como leva o acesso à saúde aos cidadãos.

É nesse sentido, que os planos privados de saúde surgem como uma alternativa a um modelo de atendimentos precário fornecido pelo governo, modelo este totalmente em desacordo com aquilo que está previsto na Constituição Federal.

Muito embora seja direito básico trazido pela Constituição Federal, a saúde (assim como outros setores vistos como básicos) possui prestação de serviço através de planos de assistência suplementar há tempos, Fica expresso o fato dos planos de saúde serem uma saída ao sistema (falho) de saúde pública que é fornecido pelo Estado, conforme entendimento de

Barbugiani (2015, p. 19):

Os planos e seguros de saúde surgiram no intuito de salvaguardar preocupações da civilização hodierna, consistentes no enfrentamento de dificuldades das mais variadas quando um sujeito ou membros de sua família são acometidos por doenças ou pretendem prevenir a ocorrência delas. Nessas hipóteses, caso não tenham acesso a tratamento médico e hospitalar adequado, podem, em situações consideradas mais severas, evoluir ao óbito. Assim, no intuito de evitar a possibilidade da ausência do devido atendimento na forma e no momento certo, esses tipos de contrato se desenvolveram vertiginosamente na sociedade.

A preocupação com melhores condições de assistência à saúde vem de tempos atrás, e que mesmo não havendo uma lei específica para tratar do tema, as bases que marcam o início da existência de planos de saúde em nosso país são quase que centenárias.

Já apontados anteriormente como uma saída ao caos da saúde pública, os planos de saúde tem sua definição na resolução normativa 195 da ANS (online, ANS) que prevê “plano privado de assistência à saúde individual ou familiar é aquele que oferece cobertura da atenção prestada para a livre adesão de beneficiários, pessoas naturais, com ou sem grupo familiar”.

Logo, a grande diferença que se tem entre o atendimento feito pelo SUS e pelos planos privados de saúde, é que enquanto o primeiro abarca toda e qualquer pessoa que necessite de atendimento de saúde de forma livre e gratuita, o segundo tem sua adesão através de contrato (como será visto adiante) e funciona mediante contrapartida financeira do segurado, tratando-se de relação jurídica na qual os planos de saúde visam o lucro, e seus contratantes buscam melhor atendimento médico e hospitalar.

É a lei 9656/98 que normatiza os planos e seguros de saúde, entretanto, as primeiras manifestações para a regulamentação desses planos são bem anteriores à referida lei, como explica Ferron (2002, p. 17):

A lei 9.656, sancionada em 3 de junho de 1998, marcou o início da regulamentação dos planos privados de assistência à saúde. No Congresso Nacional, tramitavam, desde 1989, dezoito projetos de lei sobre o assunto. Mas o debate ganhou fôlego em 1994, quando o Senado aprovou o projeto do senador Hiran Saraiva (nº 93/93), com apenas dois artigos. O texto, que seguiu para a Câmara, onde recebeu o nº 4.425/94, contemplava a Resolução nº 1.401 do Conselho Federal de Medicina, editada em 1993, que previa a cobertura universal, pelos planos de saúde, de todas as patologias contidas no Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de saúde.

A entrada em vigor da “lei dos planos de saúde” foi um marco muito importante na relação entre as agências fornecedoras do serviço e seus clientes, visto que nela está contido exatamente o que é permitido, ou não, em tal relação, visando principalmente eliminar a situação de hipossuficiência dos consumidores frente aos seus planos de saúde, disciplinando adequadamente esta relação jurídica.

Não é só a lei dos planos de saúde que é aplicável a tais contratos, sendo estes

também regulados pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC). Desta feita, nasce a relação de consumo quando o indivíduo assina o contrato de prestação de assistência médica com a empresa de plano de saúde, sendo o CDC aplicável para proteção dos direitos dos contratantes. A súmula 469 do STJ determina ser possível a aplicação do CDC aos contratos de planos de saúde, que assim dispõe: “APLICA-SE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE”.

Acerca do tema, dispõe Monte (1996, p.13) que: “a noção de consumo, aqui, deve ser entendida, não só no sentido de (mera) aquisição, mas no da aquisição e efetiva consumação de um processo econômico em que o consumidor se situa no último elo desse processo”.

Inúmeros princípios consagrados e presentes no Código de Defesa do Consumidor estão presentes nos contratos de plano de saúde, dentre os quais podemos citar a hipossuficiência, esta que deixa claro o fato de, em uma relação de consumo o contratante de um plano de saúde ser o pólo mais fraco da relação jurídica frente ao fornecedor do serviço de saúde (como em toda relação de consumo). Ensina Cavalieri (2010, p.43) que a “hipossuficiência é um agravamento da situação de vulnerabilidade, um plus, uma vulnerabilidade qualificada. Além de vulnerável, o consumidor vê-se agravado nessa situação por sua individual condição de carência cultural, material ou ambos”.

Também se faz claramente presente o princípio da boa-fé contratual, conforme explica Farias (2014, p. 20/21):

A boa-fé é o princípio máximo orientador do Código de Defesa do Consumidor e fundamental para toda a conduta contratual que traz a ideia de cooperação, respeito e fidelidade nas relações contratuais. A boa-fé contratual pressupõe lealdade, respeito, cuidado com a integridade física, moral e patrimonial do consumidor, não se admitindo a contratação de má-fé e com o intuito de apenas cativar o cliente com promessas vazias que não serão concretizadas a posteriori.

Logo, percebe-se que o citado princípio, deve se fazer presente nas tratativas referentes ao seguro de saúde. Além destes, vários outros princípios consagrados pelo Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis a tais contratos, entretanto os aqui trazidos são suficientes para demonstrar a obviedade do fato dos contratantes de um plano de saúde poderem recorrer ao CDC para buscarem proteção caso lesados tenham seus direitos.

1.2 Natureza jurídica

O contrato de plano de saúde classifica-se como um contrato de adesão. Esse tipo de contrato se apresenta ao cliente já totalmente redigido, devendo a parte interessada apenas analisar as cláusulas ali postas, e decidir se concorda com elas ou não para que a relação jurídica se complete e o negócio seja pactuado.

Além disso, trata-se de contrato bilateral, oneroso e de trato sucessivo. Nader (2010, p.35) define contratos bilaterais como ‘contratos integrados por duas partes, onde uma ocupa o pólo ativo da relação jurídica, sendo titular de um direito subjetivo, e a outra ocupa o pólo passivo, sendo titular de um dever jurídico’. Já o fato da obrigação ser de trato sucessivo, para Gonçalves (2013, p.197), significa ‘o fato dela se renovar em prestações singulares sucessivas, em períodos consecutivos como, por exemplo, na compra e venda a prazo ou no pagamento mensal de aluguel por parte do locatário, ou seja, ela se renova automaticamente. Por fim, define Venosa (2015, p.446) o contrato oneroso como ‘aquele onde ambas as partes tem direitos e deveres, com a responsabilidade contratual repartida entre eles, e com a onerosidade sendo identificada primordialmente pela vantagem econômica cedida pelo contratante ao contratado’, no caso dos planos de saúde, através do pagamento mensal de pecúnia pelo contratante para ter fornecidos seus serviços de saúde suplementar pela contratada.

Quanto à tipificação legal desses contratos, o Código Civil vigente traz previsões acerca dos contratos de adesão em seus artigos 423 e 424, entretanto é no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 54, onde encontramos a definição legal de contrato de adesão:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Logo, o que se pressupõe não só aqui, mas também em todos os demais contratos, é a existência da boa-fé contratual, visto que o pólo mais frágil sempre será o consumidor e ao assinar um contrato de adesão, ele está depositando sua confiança de que o serviço contratado será fornecido da melhor maneira possível, que as disposições contratuais são justas, e também na confiança de que o contrato seja cumprido integralmente pela concessionária do serviço de saúde.

1.3 ANS e a fiscalização aos planos de saúde

Quando nos referimos aos órgãos fiscalizadores dos planos de saúde, podemos destacar três basicamente: ANVISA (Agência Nacional de Saúde Suplementar), CONSU (Conselho de Saúde Suplementar) e CSS (Câmara de Saúde Suplementar).

Muito embora esses planos privados forneçam um acesso à saúde paralelo ao fornecido pelo Estado, cabe a este a regulação das atividades realizadas por aqueles, conforme preleciona o art. 197 da Carta Política, *in verbis*:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder

Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Assim, é preciso entender inicialmente que todos os órgãos que regulam e fiscalizam as atividades desempenhadas pelos planos de saúde, são subordinados ao Ministério da Saúde.

Contudo, daremos enfoque aqui apenas à ANS, visto que é o principal órgão fiscalizador dos planos de saúde, e para entender seu papel, recorreremos à doutrina de Ferron (2002, p. 25):

Criada pela lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, é o órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades de assistência suplementar à saúde. Tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público, regulando as operadoras e suas relações com prestadores de serviços e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde do país.

Em outras palavras, a ANS regula/controla e fiscaliza a relação daquele indivíduo que contratou um serviço de plano de saúde, sendo ela quem realiza a fiscalização de toda e qualquer agência de saúde suplementar existente no país. Os valores defendidos por ela são (online, valores da ANS) ‘valores institucionais a transparência e ética dos atos, o conhecimento como fundamento da regulação, o estímulo à inovação para busca de soluções e sustentabilidade setorial e o foco no compromisso social’.

O capítulo I da resolução 197/2009 da ANS, traz disposições importantes acerca do que é e qual é a função deste órgão:

Art. 1º A Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, criada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, é autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, caracterizada pela autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes. § 1º A ANS é o órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. § 2º A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Óbvio que a partir do que foi exposto surgem inúmeros questionamentos acerca do papel da ANS e se ele vem sendo efetivamente cumprido, contudo tais questões serão abordadas no capítulo 3 deste trabalho.

1.4 Cláusulas abusivas e limitativas de direitos

Chamamos de “cláusulas abusivas” todo e qualquer dispositivo presente em um contrato, que seja excessivamente oneroso ao contratante, levando à possibilidade de que este

possa sofrer algum tipo de dano devido a uma dessas cláusulas.

O consumidor se vê totalmente logrado em situações onde práticas abusivas das fornecedoras de planos de saúde vem a prejudicá-lo. Uma coisa é certa: paga-se caro para contratar tais serviços buscando um melhor atendimento médico e hospitalar, mas muitas vezes o contratante acaba por enfrentar problemas ainda maiores do que enfrentar uma fila de atendimento em um hospital público.

Nosso ordenamento jurídico traz normas que visam impedir as cláusulas abusivas de se perpetuarem nos contratos de adesão, entretanto ainda assim muitas delas acabam vigorando e causando transtornos aos contratantes. Maria Helena Diniz (2015, p.106) afirma que “protege-se o aderente, ante a superioridade situacional do contratante, que estipula as cláusulas pré-elaboradas, dos perigos resultantes de sua simples utilização, impedindo abusos”.

Quanto às cláusulas abusivas, preleciona Lotufo (2011, p.353):

A proibição das cláusulas abusivas objetivou melhorar a comutatividade das prestações nos contratos ao eliminar a indiferença da ordem jurídica ao real equilíbrio do contrato. A produção e a comercialização de bens em grande quantidade exigiu a adequação dos instrumentos jurídicos e da negociação individual e passou-se à negociação em grande escala.

A proibição das cláusulas abusivas visa equiparar a situação de ambas as partes no contrato, sem que os interesses do pólo mais forte (fornecedor) se sobreponham aos do pólo mais fraco (consumidor).

O art. 51 do Código de Defesa do Consumidor esclarece bem todos os tipos de cláusulas contratuais que são consideradas nulas em um contrato de fornecimento de produtos ou serviços, sendo possível ter uma noção geral dos tipos de cláusulas que são defesas não só às agências de planos de saúde, mas sim cláusulas que não podem existir em todo e qualquer contrato de adesão.

Ressalte-se ainda, ser possível sim a existências de cláusulas em contratos que limitem a atuação do consumidor, conforme está previsto no art. 54 do Código de Defesa do Consumidor: “§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”. Assim, não há impedimento no fato de haver em um contrato cláusula que limite determinado direito inerente ao consumidor, desde que aquela esteja prevista de forma destacada.

E é a presença de tais cláusulas em um contrato de saúde suplementar que permitem às agências de planos de saúde realizar as mais diversas práticas abusivas em relação a seus clientes, pois a cada dia que passa são mais frequentes as reclamações dos contratantes nesse

sentido, e cada vez mais o Judiciário vê-se abarrotado de ações com esse enfoque.

2. ANÁLISE DE ALGUMAS PRÁTICAS ABUSIVAS DAS EMPRESAS DE PLANOS DE SAÚDE E OS PREJUÍZOS GERADOS A SEUS CLIENTES

2.1 Da não cobertura a doenças preexistentes à assinatura do contrato

Um dos principais motivos de conflito entre as empresas de planos de saúde e seus clientes, reside na questão das doenças preexistentes ao contrato. Em linhas gerais, doença preexistente é aquela que o contratante já possuía previamente à contratação do plano e tem conhecimento de ser portador de tal moléstia, tendo sua definição fixada no art. 2º, I, da Resolução Normativa nº 162/07 da ANS.

A questão referente a tais doenças é tratada de forma especial pelas operadoras de planos de saúde, sendo possível sim a existência de limitações na cobertura de determinado tratamento. O art. 11 da Lei 9.656/98 deixa claro como o plano de saúde deve reger essa questão:

Art. 11. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º desta lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido do aludido instrumento contratual, cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário.

Ou seja, não se pode impedir indivíduo que tenha doença preexistente a contratar plano de saúde, entretanto nos primeiros vinte e quatro meses de vigência do contrato, poderá haver limitações na cobertura do atendimento por força deste fato. Entretanto, passado esse período não há limitação alguma na cobertura de nenhum tipo de atendimento sob o pretexto de enfermidade preexistente, conforme explica Gomes (2016, p. 225):

Outrossim, após o transcurso de vinte e quatro meses de vigência do contrato de plano de saúde, não pode a operadora se negar a fornecer ou custear a realização de determinado entendimento médico-hospitalar sob a justificativa de preexistência da doença, pois tal aspecto não mais influencia no cumprimento das prestações contratadas. Vale dizer, decorrido o prazo de dois anos, contados do início da vigência da relação contratual, a cobertura contratada se torna ampla e total, independentemente do momento de instalação da enfermidade.

Ao assinar um contrato de plano de saúde, o indivíduo deve informar à empresa fornecedora do serviço se tem conhecimento de alguma enfermidade que possui. Caso não informe nada e se descubra posteriormente que o contratante omitiu a existência de alguma doença, pode-se abrir processo administrativo para rescisão contratual por fraude, conforme dispõe o art. 13 da lei dos planos de saúde (9.656/98).

Nesse caso, haveria a expressa má-fé do consumidor, que omitiu tal informação no

ato de fechamento do negócio jurídico. Contudo, frisa-se aqui que apenas no caso de comprovação de má-fé seria possível a ocorrência da rescisão contratual, mas o que vemos nos casos concretos não é nada disso.

A fornecedora dos serviços de saúde suplementar é a responsável por provar a intenção do contratante em lesá-la, e caso não consiga fazer isso, deve seguir fornecendo os serviços normalmente. O que acontece é que muitas vezes a pessoa realmente não tem conhecimento de que é portadora de alguma doença, logo não declara nada no ato de fechamento de contrato. É pertinente aqui citar o entendimento de Farias (2014, p. 60):

O ônus da comprovação da má-fé do segurado é exclusivamente da seguradora, e, inexistindo prova contundente de que o consumidor assinou o contrato dolosamente, constitui prática abusiva negar autorização de procedimento sob alegação de ser doença preexistente [...].

A empresa do plano de saúde, caso não comprove a má-fé do contratante deve fornecer o serviço normalmente, mas o que gera a prática abusiva nesse caso é o fato de que, toda a vez que surge a hipótese de doença preexistente, a empresa presumir má-fé e simplesmente se manifestar no sentido de não fornecer o atendimento médico-hospitalar necessário alegando tal motivo.

Outra questão que deve ser colocada é o fato da agência fornecedora do plano assumir o risco de descobrir posteriormente a existência de enfermidade anterior à assinatura do contrato a partir do momento que não submete o seu potencial cliente a exames ou avaliação médica no ato da assinatura do contrato.

O que queremos demonstrar aqui, é que não deve a fornecedora do serviço de saúde suplementar “jogar” apenas ao seu cliente a responsabilidade pelo descobrimento posterior da existência de moléstia preexistente, visto que quando não realizou exame algum naquele antes da assinatura do contrato, ou então pediu que fossem apresentados exames feitos anteriormente pelo contratante, assumindo o risco de que tal fato acontecesse.

Entendimento do STJ também ampara os argumentos aqui apresentados:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO. NEGATIVA DE COBERTURA. DOENÇA PREEXISTENTE. 1.- A doença preexistente só pode ser oposta pela seguradora ao segurado como negativa para prestar a cobertura securitária, mediante a realização de prévio exame médico ou prova inequívoca de má-fé. 2.- Agravo Regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp: 1358243 PB 2012/0263604-0, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 19/11/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/12/2013).

Muito embora doutrina, legislação e os entendimentos dos Tribunais tenham visões muito semelhantes acerca do tema aqui tratado, ainda assim as empresas de planos de saúde seguem criando transtornos a seus clientes no tocante às doenças preexistentes, sendo que

algo muito simples de ser resolvido acaba quase sempre culminando em formação de um desgastante processo judicial que, enquanto não tem definição, pode gerar agravamentos à saúde do indivíduo.

2.2 Reajuste abusivo dos planos de saúde dos idosos

Aqui reside uma prática que, apesar de ser repudiada normativamente, ainda assim acaba por se verificar em muitos casos. O artigo 1º da lei 10.741/2003 (estatuto do idoso) dispõe “Art. 1o É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”. Logo, o que abordaremos são os aumentos abusivos realizados nos planos de saúde de pessoas acima de 60 anos de idade.

Desta feita, pode-se afirmar que esse tipo de prática abusiva realizada pelos planos de saúde em face de seus clientes idosos se dá por ser uma tendência o fato de quanto mais velha uma pessoa vai ficando, mais suscetível a desenvolver problemas de saúde ela se torne, visto que, a saúde dos idosos é sim mais frágil e exige mais cuidados do que a de uma pessoa mais nova. Logo, com isso o plano de saúde passa a ter mais gastos com este cliente, que certamente irá necessitar conforme for completando mais idade, de cada vez mais cuidados médicos.

Tal prática vai de encontro com a lei dos planos de saúde:

"Art. 15 - A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E. Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o caput para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos."

E também dispões sobre o tema o Estatuto do Idoso em seu art. 15 § 3º: "É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade".

Assim, com inúmeras leis que dispõe acerca dos reajustes abusivos aos planos de saúde dos idosos, vemos como praticamente certo nos dias de hoje que, ao recorrerem ao Judiciário, os indivíduos maiores de 60 anos obtenham sucesso ao pleitearem seus direitos de terem taxas de reajustes justas aplicadas aos seus contratos de plano de saúde, evitando assim que as empresas fornecedoras dos serviços de saúde tenham lucros excessivos e ilegais auferidos em face de seus clientes idosos, restando evidente que tais reajustes se tratam claramente de um artifício dos planos de saúde para ganharem mais dinheiro.

O idoso que contar mais de 60 anos de idade e tiver pago por determinado período

valor extremamente abusivo a título de reajuste no seu plano de saúde, também pode recorrer ao Judiciário não apenas solicitando alteração no reajuste, mas também para solicitar o ressarcimento dos valores cobrados indevidamente:

RECURSO DE AGRAVO. DECISÃO TERMINATIVA EM APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CDC. REAJUSTE DE PLANO DE SAÚDE POR FAIXA ETÁRIA EM PERCENTUAL QUE EXORBITA O FIXADO PELA ANS. SEGUNDO REAJUSTE EM DESCONFORMIDADE COM ART. 15,§ 3 DO ESTATUTO DO IDOSO.IMPOSSIBILIDADE.APLICAÇÃO DOS REAJUSTES PERMITIDOS PELA ANS. RESTITUIÇÃO SIMPLES DO VALOR PAGO DE FORMA INDEVIDA. AGRAVO IMPROVIDO POR UNANIMIDADE DE VOTOS. Inadmissível o aumento de percentual em parcela de seguro saúde acima do autorizado pela ANS (Agência Nacional de Saúde), sendo o mesmo considerado abusivo. Restituição do percentual que extrapolou os valores efetivamente devidos, de forma simples.(TJ-PE - AGR: 3771699 PE, Relator: Francisco Manoel Tenorio dos Santos, Data de Julgamento: 18/02/2016, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 07/03/2016).

Decisão tão recente quanto a citada deixa evidente que apesar do fato de toda a doutrina e legislação serem totalmente contrárias aos reajustes abusivos nos planos de saúde de idosos, essa prática ainda continue ocorrendo, uma vez que os planos de saúde devem reajustar os valores dos contratos de seus clientes idosos de forma justa e seguindo o que é determinado pela ANS, que tem na lei 9.961/2000 (que instituiu a ANS) a determinação de sua competência para tanto, e na sua resolução 63/2003 dispõe exatamente acerca das faixas etárias para a realização dos reajustes de valores, e como esses reajustes devem ocorrer.

Ou seja, mesmo esse tipo de reajustes ferindo inúmeras leis, ainda assim os planos de saúde se utilizam de tais práticas, o que faz surgir a certeza de que alguma falha é existente no sistema de fiscalização das agências fornecedoras de serviços de saúde suplementar.

2.3 O período de carência e os atendimentos de urgência

É sabido que todos os contratos de plano de saúde, contam com um período de carência para a realização de cada um dos procedimentos que o plano cobre. Conforme conceitua o site da ANS (online, ANS) “Carência é o tempo que você terá que esperar para ser atendido pelo plano de saúde em um determinado procedimento. Esse tipo de informação está presente no seu contrato”.

Quanto ao tema, expõe Gomes (2016, p. 236):

A carência é responsável por alterar o plano da eficácia do contrato de plano de saúde, na medida em que a sua aptidão para produzir efeitos jurídicos se torna vinculada à observância dos prazos de carência. Nesse sentido, dentre os elementos essenciais dos negócios jurídicos previstos na legislação civil – condição, termo e encargo – verifica-se o seu enquadramento como espécie de termo. De fato, por termo compreende-se o acontecimento futuro e certo, que suspende a eficácia do ato negocial, sem prejudicar a aquisição de direito, fazendo cessar os efeitos decorrentes do próprio negócio.

Ou seja, é válido uma empresa de planos de saúde se negar a realizar determinado atendimento visto que o período de carência ainda não decorreu. Cada serviço fornecido pelo plano tem um período de carência diferente, e quem determina tais períodos é a ANS. Encontramos a permissão para a existência de carência nos contratos de planos de saúde no seguinte artigo da resolução normativa 195/2009 da ANS:

Art. 4º O contrato de plano privado de assistência à saúde individual ou familiar, poderá conter cláusula de agravamento ou cobertura parcial temporária, em caso de doenças ou lesões preexistentes, nos termos da resolução específica em vigor, bem como a exigência de cumprimento de prazos de carência, nos termos da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

Em relação ao que foi apresentado até aqui, não haveria nenhum problema (teoricamente) quanto à existência de períodos de carência em tais contratos. Entretanto, o problema surge quando falamos sobre a carência dos atendimentos de urgência e emergência. Tal questão é disciplinada pelo art. 12, V, c da lei dos planos de saúde, *in verbis*:

Art.12: São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:[...] V - quando fixar períodos de carência: a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo; b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos; c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência;[...]

Desta feita, muito embora o período de carência para atendimentos de urgência e emergência seja de 24 horas no máximo, há um sério problema aqui, fruto de divergências entre as fornecedoras de planos de saúde e seus clientes: e se esse atendimento de urgência necessitar de um tratamento (também urgente) que exija uma internação, por exemplo?

Nesses casos, os planos de saúde geralmente se negam a dar cobertura e alegam que atendimentos mais específicos de urgência, que vão além do mero atendimento médico emergencial, necessitam aguardar o período de carência para serem cobertos pelo plano, abandonando e desamparando seus clientes, conforme entendimento de Farias (2014, p. 73):

A mais usual das práticas abusivas – a negativa de atendimento de procedimentos de urgência e emergência – é também a mais repugnante e desumana, pois obsta o atendimento de usuários no momento em que estes se encontram mais fragilizados.

Entretanto, muito embora os planos de saúde habitualmente se neguem a cobrir determinados atendimentos emergenciais antes do término do período de carência, o entendimento jurisprudencial não corrobora com tal pensamento, sendo que há inúmeros julgados nos tribunais condenando as fornecedoras do serviço de saúde suplementar nas questões litigiosas envolvendo a questão aqui abordada:

APELAÇÃO CÍVEL - PLANO DE SAÚDE - RELAÇÃO DE CONSUMO -

APLICAÇÃO DO CDC (SÚMULA 469, DO STJ) - NEGATIVA DE COBERTURA PARA INTERNAÇÃO E PROCEDIMENTO DE EMERGÊNCIA, SOB ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE CARÊNCIA CONTRATUAL DE 30 (TRINTA) DIAS, PARA INTERNAÇÃO E 180 (CENTO E OITENTA) DIAS, PARA CIRURGIA - NEOPLASIA MALIGNA DE ABDOME - INDICAÇÃO DE CIRURGIA DE ALTA COMPLEXIDADE - SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA CARACTERIZADA - CLÁUSULA CONTRATUAL DE CARÊNCIA, MANIFESTAMENTE ABUSIVA - RECUSA INJUSTIFICADA - APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 12, INCISO V, E 35-C, INCISO I, DA LEI N.9.656/98 - NÃO INCIDÊNCIA DO PERÍODO DE CARÊNCIA PARA CASOS DE EMERGÊNCIA - REEMBOLSO DOS VALORES SUPOSTOS PELOS AUTORES COM O CUSTEIO DO TRATAMENTO - DEVER DE A REQUERIDA ARCAR COM A TOTALIDADE DOS CUSTOS DE INTERNAÇÃO E TRATAMENTO DO BENEFICIÁRIO - CONFLITO DE INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA cs CONTRATUAL - ABUSO DE DIREITO NÃO CONFIGURADO - DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS - EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO - ADEQUAÇÃO DA SUCUMBÊNCIA - RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. (TJPR - 9ª C.Cível - AC - 1514646-6 - Marechal Cândido Rondon - Rel.: Francisco Luiz Macedo Junior - Unânime - - J. 14.07.2016).

Logo, o que se depreende é que segundo o entendimento dos tribunais, em caso de urgência e emergência não há que se falar em período de carência, uma vez que é também prelecionado na lei dos planos de saúde, a necessidade de serem fornecidos os atendimentos de urgência e emergência aos contratantes de um plano:

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente; II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional [...]

Por todo o exposto, podemos perceber que, muito embora abusiva e vetada pela legislação vigente, esse tipo de prática ainda é realizada pelos planos de saúde, configurando lesividade aos seus clientes, visto que, tal prática atenta claramente à saúde dos contratantes que mesmo se encontrando em situações onde necessitam de atendimento emergencial podem deparar com o fato de seus planos de saúde simplesmente lhes “virarem as costas”, baseando-se em interpretações extremamente oportunistas e desumanas acerca de cláusulas contratuais, com as quais apenas o plano de saúde se beneficia.

3. FALHAS NA FISCALIZAÇÃO E ATUAÇÃO DOS PLANOS DE SAÚDE

3.1 Desempenho da função fiscalizatória da ANS

Anteriormente tratamos sobre o que era a ANS e como ela surgiu, entretanto é necessário entendermos como as funções inerentes a esta agência vem sendo desempenhadas, e se seu papel vem sendo efetivamente cumprido.

Pelo fato dos planos de saúde terem surgido muito antes da regulamentação legal que disciplina esse seguimento, sempre existiram muitas divergências envolvendo seus clientes, e o Estado passou a se preocupar com tal questão com o passar dos anos, até que em 1998 entrou em vigor a lei dos planos de saúde, com o surgimento dois anos mais tarde como desdobramento desta, da ANS e seus órgãos consultivos (Conselho de Saúde Suplementar e Câmara de Saúde Suplementar), conforme ensina Schaefer (2009, p. 25):

Ciente de que a complexa relação de consumo entre as operadoras do sistema de assistência privada à saúde não poderia mais ser tutelada por uma ótica eminentemente individualista, consensualista e liberal, o legislador brasileiro publicou em 03.06.1998 a Lei 9.656/98, que entrou em vigor em 02.09.1998 (vacatio legis de 90 dias), já alterada pela Medida Provisória 1.685, de 29.06.1998. As normas que regulam o setor ainda se completam pelas resoluções adotadas pelo Conselho de Saúde Suplementar e pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Desta feita, depreende-se que o surgimento da lei 9.656/98 e da ANS, não visa apenas a regulação do negócio jurídico celebrado entre planos de saúde e consumidores, mas acima de tudo a proteção destes, tidos como pólo mais frágil de tal relação.

Conforme sua competência determinada no artigo 4º da lei 9.961/2000 (que instituiu a ANS), a ANS realiza dentre outras coisas, a fiscalização aos planos de saúde, analisando se estes estão cumprindo com tudo aquilo que é determinado por lei, e como se comportam em relação a seus clientes (se estão realizando práticas abusivas em relação a eles ou não).

Em relação às práticas abusivas, uma das mais importantes funções da ANS está no fato dela regular tudo aquilo que o plano deve fornecer a seu cliente, o que ele pode, ou não, fazer em relação a este, criando uma espécie de “lei” entre as partes contratantes. Podemos definir regulação como “um conjunto de medidas e ações do Governo que envolvem a criação de normas, o controle e a fiscalização de segmentos de mercado explorados por empresas para assegurar o interesse público” (online, site ANS).

Pelo fato de ter como missão a melhoria nas condições de atendimento aos consumidores dos serviços de saúde suplementar, a ANS sempre busca em suas resoluções a melhoria das condições de atendimento aos indivíduos, tentando cada vez mais qualificar o que é ofertado pelos planos, para que seus contratantes tenham, a longo prazo, menos transtornos gerados a eles e com isso a relação contratual com os planos de saúde seja cada vez menos litigiosa. Tal realidade quanto a essa busca da ANS fica explicitada na resolução 395/2016:

[...]Art. 2º São garantidos ao beneficiário, sem prejuízo das normas gerais aplicáveis aos serviços de atendimento ao consumidor: I – atendimento adequado à sua demanda, assegurando-lhe o acesso e a fruição dos serviços conforme o disposto nas normas legais e infralegais disciplinadoras do mercado de saúde suplementar, bem como nas condições contratadas; II – tratamento preferencial aos casos de urgência e emergência; III – respeito ao regramento referente ao sigilo profissional e à

privacidade; e IV – informação adequada, clara e precisa quanto aos serviços contratados, especialmente quanto às condições para sua fruição e aplicação de mecanismos de regulação. Parágrafo único. No caso de atendimento presencial, é garantido ao beneficiário, ainda, tratamento não discriminatório nas condições de acesso, devendo-se observar as prioridades de atendimento definidas em lei, quais sejam, pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, idosos com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, gestantes, lactantes e pessoas acompanhadas por crianças de colo. Art. 3º São diretrizes que devem orientar o atendimento das operadoras aos beneficiários: I – transparência, clareza e segurança das informações; II – rastreabilidade das demandas; III – presteza e cortesia; IV – racionalização e melhoria contínua[...]

Justamente por visar as melhorias nas condições dos consumidores, é fundamental a participação da sociedade na tomada de decisões por parte da ANS, e é nesse sentido que vêm a Câmara de Saúde Suplementar, sendo uma ‘câmara permanente, onde se exigem consultas públicas para serem tratados temas de maior relevância antes de serem editadas resoluções sobre tais temas’.

Em casos mais extremos onde determinados planos não atendem aos anseios de seus contratantes, e infringem as legislações pertinentes a eles, a ANS chega inclusive a determinar a paralisação do funcionamento daqueles, para dessa forma impedir que perpetuem no mercado praticando atos abusivos e predatórios em relação aos consumidores.

Contudo, na prática o papel da ANS se devidamente desempenhado, praticamente não abre lacunas para que os planos de saúde descumpram leis e ajam abusivamente contra seus consumidores, gerando inúmeros transtornos a estes. Entretanto não é isso o que analisamos na prática, tendo em vista as inúmeras questões judiciais envolvendo planos de saúde que abarrotam o judiciário, o que corrobora com aquilo que foi tratado no último tópico: as leis vêm sendo amplamente descumpridas por determinados planos de saúde, o que expõe falhas existentes no sistema, tendo em vista que há toda uma estrutura voltada a impedir práticas abusivas por parte dos planos de saúde.

3.2 Falhas na fiscalização e atuação da ANS

Por tudo o que já foi aqui exposto, resta evidente ser a ANS responsável por fiscalizar e regular tudo aquilo referente aos planos de saúde suplementar em nosso País, uma vez que desde a sua criação busca resguardar os interesses dos consumidores em relação aos planos de saúde, sendo inclusive frente a tal órgão que aqueles devem formalizar suas reclamações caso vejam seus direitos tolhidos pelas empresas de planos de saúde. Em relação a este assunto, a ANS disponibiliza, inclusive, indicadores para que os clientes possam analisar como se comportam os planos em relação a seus clientes:

Com a finalidade de dar transparência a informações sobre as queixas registradas

por consumidores junto aos canais de relacionamento da ANS e de possibilitar à sociedade saber de que forma as operadoras de planos de saúde se comportam diante dessas demandas, a Agência disponibiliza três indicadores que permitem comparar a atuação das empresas que atuam no setor de saúde suplementar: 1. Índice Geral de Reclamações 2. Percentual de Finalização Assistencial 3. Índice de Abertura de Processo (online, ANS).

Entretanto, ao repararmos que estão havendo imperfeições no poder de fiscalização dos planos de saúde que vêm prejudicando seus consumidores, passamos a analisar onde elas estão ocorrendo.

Um grande exemplo de falha na fiscalização aos planos de saúde está nas questões envolvendo reajustes contratuais, onde há grande incompetência por parte da empresa, vez que há inúmeros aumentos abusivos no momento de renovações contratuais, conforme explicitado em trecho da seguinte notícia:

[...] os bancos de dados da Justiça mostram casos de reajustes altíssimos, com índices de até 100%. Outros, menos frequentes, são de consumidores que apelam contra planos que rescindiram seus contratos, à revelia, em momentos em que mais precisam, como durante uma internação ou mesmo cirurgia, quando passam a representar prejuízo. “Sem respaldo da agência, o consumidor vai à Justiça, que dá ganho de causa. E mesmo assim a ANS não muda sua conduta. Pelo contrário. Assinou cooperação com o Tribunal de Justiça de São Paulo para dar pareceres técnicos aos juízes.” (online, rede brasil atual).

A situação acima exposta, apenas deixa explicitado aquilo que já foi amplamente demonstrado no capítulo anterior: as falhas ocorrentes na fiscalização da ANS aos planos de saúde vem abarrotando o Judiciário de casos envolvendo arbitrariedades cometidas pelos planos de saúde contra seus clientes.

E para agravar toda a situação, além de não fiscalizar os planos de forma eficaz, realizando um trabalho preventivo para que não aconteçam os litígios envolvendo planos de saúde e seus consumidores, a ANS ainda assume suas falhas ao assinar acordo de cooperação judicial com um Tribunal de Justiça, para atuar em momento onde a situação já saiu do controle e o indivíduo está percebendo seu direito ser tolhido. Tal acordo foi, inclusive, noticiado na página virtual da agência:

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) estabeleceram nesta segunda-feira (13) um acordo de cooperação técnica que ajudará na solução amigável de conflitos entre consumidores e planos de saúde. A parceria prevê a criação, pelo Tribunal, do Núcleo de Apoio Técnico e Mediação (NAT), que tratará das questões relacionadas ao atendimento e cumprimento das coberturas legais e contratuais. O objetivo da medida é viabilizar o intercâmbio de informações e promover uma atuação integrada das duas instituições, protegendo o consumidor e reduzindo os casos de judicialização na saúde suplementar (online, ANS notícias).

Não restam dúvidas de que há necessidade de mudanças nos critérios de fiscalização adotados pela ANS, visto que os planos de saúde observando a ineficácia em todo o sistema

posto, se aproveitam da situação para lesar seus clientes utilizando-se de “espertezas” para ficarem em posição privilegiada frente ao consumidor, que acaba vendo apenas no Judiciário alguma saída para a sua situação de hipossuficiência, quando na verdade a ANS surgiu para resguardar os interesses do pólo mais fraco na relação jurídica, e impedir que os planos de saúde perpetuassem a realização de práticas abusivas a seus consumidores.

A legislação pertinente ao tema existe, e as resoluções da ANS que visam complementá-la também estão postas e vêm se renovando a cada ano, mas falta a existência de uma maior organização por parte da agência, repensando sua forma de atuação para que venha a efetivamente cumprir com seus papéis, resguardando os interesses dos contratantes de planos de saúde.

Contudo, fica difícil falar em “resguardar os interesses do consumidor”, visto que além de falhas na fiscalização, a ANS recentemente explicitou um entendimento extremamente prejudicial aos consumidores em caso de ampla divulgação na mídia. A crise envolvendo a Unimed Paulistana ganhou as páginas dos jornais, onde devido à ineficiência do plano em seguir atendendo seus clientes, uma vez que encontra-se em processo de recuperação judicial, fez com que a ANS realizasse a alienação compulsória de inúmeros planos de saúde, passando os clientes daquela para outros planos de saúde. O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) traz uma explicação acerca da alienação de carteira de clientes:

A alienação de carteira é a venda, de uma operadora para outra, do direito de prestar serviços a esse grupo de consumidores. A ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) classifica em dois grupos as alienações de carteira: venda voluntária de uma operadora para outra, chamada de transferência voluntária de carteira; e venda obrigatória da carteira, por determinação da ANS, chamada transferência compulsória de carteira (online, Idec).

A alienação compulsória neste caso consiste na passagem dos clientes de um plano de saúde para outros planos. Eram milhares de clientes atendidos pela Unimed Paulistana, entretanto a crise que assolou o plano, fez com que a ANS levasse à imposição da alienação de toda a carteira de clientes. Até então, sem problemas, entretanto foram inúmeros os clientes que tiveram atendimentos médicos, cirurgias, entre tantos outros procedimentos que foram desmarcados, causando enorme surpresa e transtorno a essas pessoas, que ao procurarem a ANS para solucionarem tais problemas, não encontraram respaldo também nesta que deveria ser a guardião de seus interesses.

Em muitos dos casos as novas operadoras obrigaram os novos clientes a cumprirem novamente os períodos de carência, inclusive amparados pela ANS, acontece que, o judiciário nos casos referentes a tal questão viu a desnecessidade do cumprimento de carência:

PLANO DE SAÚDE. ALIENAÇÃO COMPULSÓRIA DA CARTEIRA DE BENEFICIÁRIOS DE UNIMED PAULISTANA. MEDIDA DETERMINADA PELA ANS. RESOLUÇÃO OPERACIONAL Nº 1.891/2015. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA PARA OBSTAR O CANCELAMENTO DA COBERTURA MÉDICA E HOSPITALAR, MANTIDA A MENSALIDADE NO VALOR PAGO PELO AUTOR EM OUTUBRO DE 2015, GARANTIDOS OS REAJUSTES ANUAIS DEFINIDOS PELA ANS. REFORMA. BENEFICIÁRIO QUE TEM DIREITO À MIGRAÇÃO PARA OUTRO PLANO DE SAÚDE, DE SUA ESCOLHA, DESDE QUE RESPEITADAS AS CONDIÇÕES ESTABELECIDAS PELA NOVA OPERADORA, ASSUMINDO, INCLUSIVE, A RESPECTIVA MENSALIDADE. DESNECESSIDADE DE CUMPRIR PERÍODO DE CARÊNCIA. ALIENAÇÃO COMPULSÓRIA QUE É FATO ALHEIO À VONTADE DO AUTOR. DADO PROVIMENTO AO RECURSO.(TJ-SP - AI: 20110547020168260000 SP 2011054-70.2016.8.26.0000, Relator: Vito Guglielmi, Data de Julgamento: 01/03/2016, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/03/2016).

Ora, de que adianta a existência da ANS para resguardar os interesses do consumidor dos planos de saúde e impedir abusos, se ela mesma compactua com determinadas atitudes tomadas pelos planos, levando seus clientes a recorrerem ao Judiciário? Fica evidente que muito da culpa pela problemática relação entre consumidores e planos de saúde deve ser colocada na conta da ANS, que tem falhado no desempenho de sua função.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Grande é a necessidade, de que existam melhores formas de fiscalização e regulação das atividades dos planos de saúde por parte da ANS. Dessa forma seriam evitados abusos que atualmente seguem ocorrendo com certa frequência por parte dos planos de saúde que, visando estar sempre (ou quase sempre) em situação de vantagem em relação a seus clientes, normalmente tentam tirar interpretações desfavoráveis a estes da legislação vigente, além de incluírem em seus contratos cláusulas que possibilitam as já amplamente citadas práticas abusivas.

Havendo uma melhoria na fiscalização dos planos de saúde por parte da ANS, sem sombras de dúvida ficaria cada vez mais difícil a ocorrência de práticas abusivas por parte daqueles, e a situação dos clientes tenderia a ser muito mais amena, com menos litígio e eventuais surpresas futuras quanto a não cobertura de determinado tratamento, ou aumento abusivo do valor das mensalidades no momento de renovação contratual, dentre tantas outras práticas abusivas que podem vir a ocorrer.

A ANS já se empenha em desempenhar a sua função fiscalizadora (dentre muitas outras) aos planos de saúde, mas há necessidade de efetivamente impedir a ocorrência de práticas já totalmente repudiadas pela legislação vigente, de forma a resguardar os interesses do consumidor, pois o que este busca ao contratar plano de saúde é se sentir amparado por

aquele que foi contratado, tendo acesso a uma saúde de qualidade, conforme é seu direito enquanto cidadão.

Além disso, não é plausível a existência de um rol de tratamentos obrigatórios a serem fornecidos pelos planos de saúde, visto que ao excluir determinado procedimento dessa relação, o que está sendo limitado é o acesso à saúde, o direito à vida, tendo os tribunais (conforme amplamente exposto) se posicionado na esmagadora maioria dos casos à favor dos clientes/usuários.

O contratante de um plano de saúde só busca tal serviço pelo fato do Estado ser ineficiente em cumprir com seu dever, pois o acesso à saúde de qualidade a todos os cidadãos de forma indiscriminada está consagrado em nossa Magna Carta. Ao falhar no desempenho dessa obrigação, o mínimo que o Poder Público deve garantir aos cidadãos que recorrem à saúde suplementar é que estes tenham todo o amparo possível para que os planos de saúde não atuem de forma lesiva para com os seus contratantes, sendo garantido assim o cumprimento da lei e a proteção do direito à vida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição federal. 8ª ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

_____. Código de Defesa do Consumidor. 8ª ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

_____. LEI Nº 9.656, DE 3 DE JUNHO DE 1998. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm>. Acessado em 19-11-2015.

_____. LEI Nº 10.741 de 1 de outubro de 2003. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acessado em: 10-05-2016.

_____. Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&b=SUMU&p=true&l=10&i=111>>. Acessado em: 15-03-2016.

_____. Súmula 302 do STJ. Disponível em:
<<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/1459206/sumula-302-do-stj>>. Acessado em: 19-05-2016.

_____. Súmula 102 do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 2 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/secaodireitoprivado/sumulas.pdf>>. Acessado em: 11-07-2016.

_____. ANS. RESOLUÇÃO NORMATIVA 195/2009. Disponível em: <
<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA==>> > Acessado em: 23-11-2015.

_____. ANS. Resolução 197/2009. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ2MA==>>. Acessado em: 29-11-2015.

_____. Resolução 395 da ANS, de 14 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzE2OA>>. Acessado em: 08-04-2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. , Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 19/11/2013,T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/12/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24797561/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1358243-pb-2012-0263604-0-stj>>. Acessado em: 04-07-2016.

_____. Tribunal de Justiça do Pernambuco. Relator: Francisco Manoel Tenorio dos Santos, Data de Julgamento: 18/02/2016, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 07/03/2016. Disponível em: <<http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/321827880/agravo-regimental-agr-3771699-pe>>. Acessado em:30-06-2016.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Rel.: Osvaldo Nallim Duarte - Unânime -- J. 05.05.2016. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12155744/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1461796-2#>>. Acessado em: 10-06-2016.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo Relator: Vito Guglielmi, Data de Julgamento: 01/03/2016, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/03/2016. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310574788/agravo-de-instrumento-ai-20110547020168260000-sp-2011054-7020168260000>>. Acessado em: 21-06-2016.

_____.Índice de reclamações ANS. Disponível em: <http://ans.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=261&Itemid=1055>. Acessado em: 05-05-2016.

_____. ANS notícias. Disponível em: < www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/2826-cooperacao-entre-ans-e-tj-sp-ajudara-na-solucao-de-conflitos-e-reduzira-judicializacao >. Acessado em: 10-05-2016.

_____. Sobre o setor. Fenasaúde. Disponível em: <<http://www.cnseg.org.br/fenasaude/sobre-o-setor/>>. Acessado em: 07-07-2016.

_____.Índice de reclamações ANS. Disponível em: <http://ans.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=261&Itemid=1055>. Acessado em: 28-05-2016.

_____. Consultas, dicas e direitos. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/sou-usuario-de-um-plano-de-saude-cuja-carteira-foi-vendida-quais-so-os-meus-direitos-nesse-caso>>. Acessado em: 12-04-2016.

_____. Os transplantes são cobertos pelos planos de saúde. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/os-transplantes-sao-cobertos-pelos-planos-de-saude>>. Acessado em: 06-05-2016.

- BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. Planos de Saúde: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo. Saraiva, 2015.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. 2. Ed. São Paulo. Atlas. 2010.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro Vol. 3. 31. Ed. São Paulo. Saraiva. 2015.
- FARIAS, Carolina Steinmuller. Práticas abusivas das operadoras de planos de saúde. 2. Ed. Anhanguera. Leme, 2014.
- FERRON, Fabiana. Planos privados de assistência à saúde. LEUD. São Paulo, 2002.
- GOMES, Josiane de Araújo. Contratos de Planos de Saúde. Leme. Jhmizuno, 2016.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral das Obrigações. 10. Ed. São Paulo. Saraiva, 2013.
- LOTUFO, Renan. Teoria Geral dos Contratos. São Paulo. Atlas, 2011.
- MONTE, Mário Ferreira. Da Proteção Penal do Consumidor: O problema da (des) criminalização no incitamento ao consumo. Coimbra: Almedina, 1996, p. 13.
- MONTONE, Januário. Planos de Saúde passado e futuro. Rio de Janeiro. Medbook, 2009.
- NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Vol. 3. 5. Ed. Rio de Janeiro. Forense, 2010.
- SCHAEFER, Fernanda. Responsabilidade Civil dos Planos e seguros de saúde. 4. Reimpr. Curitiba. Juruá, 2009.
- STOLZE, Pablo Gagliano. Novo Curso de Direito Civil Vol. 4. 11. Ed. São Paulo. Saraiva. 2015.

A CRISE ENDÊMICA DO SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL: TRAÇOS DO DESCASO INSTITUCIONAL TENDENTES AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A ADPF N° 347

Larissa Aparecida COSTA¹
Vinícius Marin CANCIAN²

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o sistema penitenciário, evidenciando as mazelas que permeiam o ambiente carcerário e tornam a pena privativa de liberdade aviltante e degradante. Adotando-se como referencial teórico a criminologia crítica, além do método de pesquisa dialético, busca-se, a partir de uma abordagem jurídico-sociológica, destacar o predomínio de intensa violência, tortura e superlotação nas unidades prisionais. Pontuando a inércia e omissão das autoridades públicas, diante do quadro de violação massiva de garantias e direitos fundamentais dos apenados do país, o julgamento da ADPF nº 347 aponta para o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional que historicamente degrada o contingente prisional brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: Sistema prisional; Teoria crítica; Omissão Estatal; Estado de Coisas Inconstitucional.

ABSTRACT

This study aims to examine the prison system, showing the ills that permeate the prison environment and make the deprivation of liberty demeaning and degrading. Adopting as a theoretical critical criminology, beyond the dialectical research method is sought, from a legal and sociological approach, highlighting the predominance of intense violence, torture and overcrowding in prisons. Punctuating the inaction and omission of public authorities, before the massive violation of framework guarantees and fundamental rights of the country's inmates, the trial of ADPF nº 347 point us to the recognition of the status of unconstitutional things that historically degrades the brazilian's prison establishments.

KEY-WORDS: Prison System; Critical Theory; State Omission; State of Unconstitutional Things.

1 INTRODUÇÃO

A criminalidade coloca-se como um dos grandes desafios da sociedade moderna. As cifras alarmantes e a sensação de insegurança e impunidade persistem apesar do alto índice de encarceramento. Em 2015, por meio de dados e estatísticas foi produzido pela Secretaria-

1 Mestranda na Universidade de Marília – Unimar/SP. Professora Assistente da disciplina de Direito Processual Civil VII do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Aluna especial do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade de Londrina. Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Advogada.

2 Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Aluno especial do programa de mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina/PR (UEL). Pós-graduando em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Parecerista da Corte Interamericana de Direito Humanos. Professor Assistente pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Advogado.

Geral da Presidência da República em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) o mapa do encarceramento no país, indicando que houve crescimento de 74% da população brasileira encarcerada entre o ano de 2005 a 2012.

Ora, nesse sentido há de se questionar as falácias e incongruências do sistema penal e o ambiente de cólera, superlotação e violência que permeiam as unidades prisionais do país.

As condições do sistema carcerário brasileiro figuram como autêntico aparato estatal de violação à dignidade humana do preso, agravando os efeitos da prisionização e o estigma prisional. Nesse sentido, a criminologia crítica proveniente das teorias conflituais marxistas, rompe com a sociologia criminal liberal. O novo paradigma nos coloca a ideia da rotulação dos indivíduos no sistema criminal.

A seletividade discriminatória no sistema penal é a expressão da estrutura social, no qual o processo de criminalização de grupos marginalizados atua como forma de controle social e em função dos interesses das parcelas detentoras do poder. À vista disso, segregar e punir de forma severa são, aos olhos da classe dominante, a forma adequada para se cumprir às regras e limites que pressupõem a vida social. Contudo, a reação desigual e injusta de distribuição de poder na sociedade, tem graves reflexos na forma como se executa as sanções penais e nas condições oferecidas aos apenados no país.

Dessa forma, sendo o homem um ser eminentemente social, para se analisar o sistema prisional e o crime, como fenômeno social que é, pressupõem um olhar crítico as estruturas sociais. Dessa forma, o crime pode ser visto como o produto histórico da estratificação desigual e o embate de grupos sociais.

Logo, ao analisar o sistema penitenciário, cumpre observar os processos de criminalização das classes marginalizadas, que historicamente constituem a vasta clientela do sistema penal e tem seus direitos e garantias devastados no cumprimento da pena privativa de liberdade.

Com vistas a analisar a realidade do sistema carcerário brasileiro, tendente ao Estado de Coisas Inconstitucional, partir-se-á das seguintes proposições críticas: o direito penal não tutela de forma congênere os bens jurídicos relevantes de todos os cidadãos; as sanções penais são desiguais, levando em consideração os grupos sociais eleitos; e por fim, as condições de cumprimento da pena privativa de liberdade não se dão nos estreitos limites normativos e principiológicos que orientam a ciência criminal. Sendo está última o objeto principal da presente pesquisa.

Por meio de uma abordagem crítica, a presente pesquisa apresentará no primeiro capítulo o panorama atual do sistema carcerário brasileiro, destacando as graves violações aos

direitos fundamentais dos apenados, consubstanciados, sobretudo, pela superlotação endêmica e a violência no interior das unidades prisionais.

No segundo capítulo, à vista das condições degradantes no cumprimento da pena privativa de liberdade, serão analisados os parâmetros utilizados no julgamento da ADPF nº 347 e a função do Supremo Tribunal Federal na superação do litígio estrutural que paira sobre a execução penal.

Por fim, o terceiro capítulo versará sobre o conceito e pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional, em relação ao sistema prisional brasileiro, como indica a ADPF nº 347.

Portanto, por meio do método dedutivo, partindo da análise dos mais recentes dados sobre a prisionalização no país e documentos que ilustram as condições a que são submetidos os apenados no Brasil, destaca-se a incapacidade do Estado em gerir a massa carcerária e a inércia na efetivação de medidas que tutelem o reeducando em sua dignidade.

Para tanto, utilizar-se-á o método qualitativo e dialético, posto que será feita uma contraposição entre a realidade dos presídios do país e a recalcitrância das autoridades públicas diante da massiva e generalizada violação de direitos fundamentais dos presos, tendente a configurar o Estado de Coisas Inconstitucional. A análise crítica da situação das unidades prisionais brasileiras é posta de frente a tratamentos degradantes, superlotação, tortura, e reiterada omissão e inércia estatal em atuar no sentido de suprimir ou minimizar as graves lesões a dignidade do preso. Ainda, será utilizada como técnica de pesquisa a revisão bibliográfica de obras que possibilitam subsídio doutrinário indispensável para a análise do sistema criminal e a atuação estatal.

Seguindo a lógica da volubilidade social, o *status* de infrator é distribuído de forma desigual. Contudo, em que pese a profundidade das questões relacionadas à estratificação das camadas sociais, a realidade do sistema carcerário impõe a busca por soluções urgentes e inadiáveis.

É de suma importância fomentar a reflexão de que a atuação estatal deve ser no sentido da efetivação de políticas públicas de proteção social que propiciem mecanismos de gestão eficiente da massa carcerária e tutelem a cidadania e os direitos fundamentais dos apenados. Apenas dessa forma, pode-se afirmar que o Estado Democrático de Direito é presente, no qual a dignidade da pessoa humana constitui princípio basilar.

2 SUPERLOTAÇÃO E VIOLÊNCIA: O AMBIENTE CARCERÁRIO BRASILEIRO

A confrontação de classes antagônicas, e os interesses na seleção dos fatos

socialmente criminosos, criam um sistema penal hipertrófico e desproporcional.

Com o cometimento de uma infração penal surge, para Estado, a possibilidade de, após o devido processo legal, impor pena ao agente, nos estritos limites legais. Ao Estado, não é dado apenas à possibilidade de punir, ao lado do *jus puniendi*, surge para o Estado à tutela ampla do apenado em ambiente prisional. Nessa seara, Luiz Flávio Gomes, preceitua que uma das funções do direito penal é a proteção dos bens jurídicos fundamentais da pessoa humana³

Referente assertiva se consolida à vista dos princípios que norteiam as estruturas do Estado Democrático de Direito e alicerçam o arcabouço normativo do país. Como corolário se tem a tutela à dignidade da pessoa humana, que deve ser observada para todos os membros do corpo social, e garantida pelo Estado, sobretudo, após a restrição da liberdade. Tendo isto em mente, como expoente de atuação do direito penal no corpo social, têm-se as sanções penais descritas em lei, de onde são destacadas as espécies: pena privativa de liberdade e a medida de segurança, sendo, a primeira, o objeto do presente trabalho.

A imposição de pena, transmite a sociedade a falsa ideia de proteção e segurança⁴. O direito penal, como mecanismo de imposição de pena, retira o indivíduo do corpo social. Essa medida causa uma pseudo-segurança, contudo, não é capaz de gerar qualquer solução efetiva no combate a criminalidade. A ineficiência do Estado em implementar políticas públicas eficientes no combate à violência e à criminalidade reforçam na população a ideia de que apenas o direito penal, hipertrófico e severo, é capaz de resolver os graves problemas de segurança que assolam a sociedade. Dessa maneira, as funções declaradas da prisão, quais sejam, através das ideias simbólicas de prevenção geral, retribuição e ressocialização, mostram-se como uma falácia facilmente detectável pela seletividade da justiça criminal, que apenas tem a missão de manter o *status* social e perpetuação da exclusão social⁵.

Assim como delineado na introdução do presente trabalho, foi ilustrado que o direito penal à vista de atender interesses das classes que detém o poder, criam um estereótipo de criminoso e segregam o apenado, retirando dele direitos que não deveriam ser suprimidos no cumprimento da pena privativa de liberdade⁶. Nesse sentido, observa-se que uma ciência

3 Luiz Flavio Gomes. Norma e bem jurídico no direito penal, São Paulo; Editora: Revista dos Tribunais, 2002 (série as ciências criminais no século XXI, V.5) p. 175.

4 Diante do alto índice de criminalidade, a população repousa sua segurança na atuação do direito penal. Nesse sentido, as palavras de René Ariel Dotti (Bases alternativas para o sistema de penas. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 105): “a prisão tem sido nos últimos séculos a esperança das estruturas formais do Direito para combater o processo da criminalidade. Ela constitui a *espinha dorsal* dos sistemas penais de feição clássica. É tão marcante a sua influência em todos os setores das reações criminais que passou a funcionar como centro de gravidade dos programas destinados a prevenir e reprimir os atentados mais ou menos graves ao direito da personalidade e aos interesses da comunidade e do Estado”.

5 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005, p. 18.

6 Sobre o tema Foucault indica que os objetivos ideológicos do sistema penal seriam a repressão e a contenção

criminal comprometida com a manutenção das estruturas desiguais da sociedade, revela-se inapta à tutela e efetivação dos direitos fundamentais dos apenados, e em última análise da sociedade como um todo⁷.

Dessa forma, por meio das contribuições da criminologia crítica e dos discursos falaciosos das teorias dogmáticas da pena, nota-se um abismo entre o discurso oficial e a realidade dos estabelecimentos prisionais⁸. Frente ao descaso a que são relegados os apenados do país, fica evidente que a atuação do sistema carcerário visa à perpetração de desigualdades e a massiva degeneração da dignidade do encarcerado⁹.

Em que pese as consequências nefastas da prisionização, o apenado possui extenso rol de direitos e garantias que devem ser oportunizados pelo Estado, durante a execução penal. Resta, portanto, consignar que a lesão a bens por parte da gestão pública não lesa apenas o apenado, uma vez que, antes de tudo, acaba por atingir o núcleo intangível de preceitos normativos e principiológicos eleitos pelo corpo social. Assim sendo, diante da constatação de graves violações aos direitos fundamentais, surgem correntes penais minimalistas tendentes a reduzir os efeitos nefastos da prisionização e do poder punitivo, já que a abolição do sistema sancionatório que hoje é conhecido ainda parece algo distante.

O cárcere atua como forma de controle social, sendo assim, não busca a solução das questões atinentes ao crime e a criminalidade. Atuando apenas como manutenção da situação social que se coloca, produzindo efeitos deletérios a sociedade, que não se coaduna com a efetivação de garantias no Estado Democrático de Direito. Inobstante a pena privativa de

da criminalidade crescente; e na verdade os objetivos reais, por sua vez, seriam a repressão seletiva da criminalidade, ou seja, a repressão dos excluídos, de modo a salvaguardar os interesses das classes dominantes (Vigiar e punir: nascimento da prisão; trad. de Raquel Ramalheite. 36ª ed. Petropolis: Editora Vozes, 2009, p. 207).

- 7 Sobre a seletividade do sistema criminal Alessandro Baratta preceitua: “As maiores *chances* de ser selecionado para fazer parte da ‘população criminosa’ aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) de defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia *liberal* contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o *status* de criminoso é atribuído” (Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan: Instituto carioca de Criminologia, 2002, p. 165)
- 8 “A criminologia crítica historiciza a realidade comportamental do desvio e ilumina a relação funcional e disfuncional com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações de produção e de distribuição. O salto qualitativo que separa a nova da velha criminologia consiste, portanto, principalmente, na superação do paradigma etiológico, que era o paradigma fundamental de uma ciência entendida, naturalisticamente, como teoria das causas da criminalidade”. (BARATTA, Alessandro. op. cit., 2002, p. 160-161)
- 9 Nessa toada, importante destacar as contribuições de Eugenio Zaffaroni, que assim discorre: “Fomos colonizados mentalmente, sobretudo nas faculdades de Direito, para não vermos isso, para concebermos o sistema penal como um instrumento da justiça, quando, na verdade, o sistema penal rompe a balança da pobre justiça e, aproveitando que a mesma é cega, faz com que ela dê espadadas onde bem entende. Chegou a hora de levantar o véu da justiça para que ela veja bem onde golpeia”. (Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014, p. 417).

liberdade colocar-se para grande parte das sociedades modernas como forma de pacificação social, as condições em que é executado o *jus puniendi* evidencia a incapacidade da gestão da criminalidade¹⁰ e da massa carcerária, gerando, no mais das vezes, flagrante violação aos direitos fundamentais e processuais do apenado¹¹.

À vista das graves lesões à dignidade humana dos apenados, a função do direito penal, visto como imposição de sanção ao agente que infringiu a norma penal, resta apenas por controlar em razão do medo produzido pelo espetáculo da execução penal e degradação dos indivíduos¹². Com o reconhecimento no âmbito internacional dos direitos humanos em relação aos apenados por diversos países, o Direito Penal deve representar não apenas um aplicador de pena, mas sim um instrumento de tutela as garantias e direitos constitucionais¹³.

Outrossim, parece um contrassenso buscar a efetivação dos direitos fundamentais por meio da imposição de pena, considerando as condições desumanas a que são submetidos os apenados nos cárceres do país¹⁴. A cultura do cárcere abrange tortura e práticas violentas, que vão em oposição aos valores e expectativas para a reinserção do apenado na sociedade. Na verdade, considerando as condições atuais de encarceramento, estas têm o condão de potencializar os efeitos da prisionização e dificultar o processo de ressocialização¹⁵.

10 Sobre o tema Michel Foucault observou que “as prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta” (Op. cit, 2008, p. 221).

11 O cárcere, enquanto instrumento de exclusão social, evidencia-se à vista dos dados ilustrativos que a prisão, sobretudo a processual, é mais duradoura para os agentes marginalizados e sem recursos econômicos (socialmente invisíveis). Em dados recentes disponibilizados pelo CNJ verifica-se descomunal população carcerária de presos provisórios, despidos de qualquer tutela aos direitos processuais. (Cf. Relatório de 2009. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em 07/06/2016.

12 Sobre as diversas técnicas que buscam o controle social por meio da imposição de pena, assim assevera Michel Foucault, “em qualquer sociedade, o corpo está preso no interior de poderes muito apertados, que lhe impõem limitações, proibições ou obrigações” (Op. cit, 2009, p. 132).

13 Nesse sentido, Zaffaroni indica que o Direito Penal deve atuar como um sistema de proteção aos bens jurídicos relevantes ao corpo social: “Referindo-se a um direito penal garantista em um Estado de Direito é uma redundância grosseira, porque nele não pode haver outro direito senão o de garantias, de modo que se supõe que todo penalista, nesse marco, é partidário das garantias, isto é, garantista” (Op. cit., 2014 p. 173).

14 A superlotação das unidades prisionais indica um panorama absolutamente contrário ao que preceitua os instrumentos normativos. Nesse sentido, as palavras de Sérgio Adorno: “A superpopulação carcerária encontra-se na origem imediata de não pouco outros problemas, sobretudo a promiscuidade que promove toda a sorte de contaminação – patológica e criminógena -, exacerbando a violência como forma institucionalizada e moralmente legítima de solução de conflitos intersubjetivos. Esse quadro agrava-se devido ao expressivo contingente de população encarcerada nos distritos e delegacias policiais, nos quais se encontram indiferenciados presos primários e reincidentes, detidos para averiguações ou em flagrante e cidadãos já sentenciados pela justiça criminal. Nessas dependências, reinam as mais desfavoráveis condições para a ‘recuperação’ ou ‘ressocialização’ – seja lá o que esses termos possam significar – dos delinquentes. Ao contrário, a contaminação criminógena reforça a ruptura dos laços convencionais com o ‘mundo da ordem’, instituindo as possibilidades efetivas de construção de trajetórias e carreiras delinquentes”. (Sistema penitenciário no Brasil: Problemas e desafios. Revista USP. Março, abril e maio. 1991, p. 71).

15 Sobre os graves efeitos da prisionização Gilberto Giacóia assim discorre: “A ruptura de laços familiares e outros vínculos humanos, a convivência promíscua e anormal da prisão, as drogas exercem um efeito devastador sobre a personalidade do preso, reforçando desvalores, criando e agravando distúrbios de conduta. Estar preso não é somente perder o direito à liberdade, portanto. Os efeitos colaterais ou acessórios da restrição da liberdade são, às vezes, muito mais graves que a própria pena, especialmente quando as

As unidades prisionais do país são palco de cruel e degradante tratamento ao apenado, reunindo as mais diversas agressões a sua dignidade física, moral e sexual, consubstanciadas por maus tratos, torturas, abusos sexuais, ausência de assistência médica, escassez nas vagas de trabalho e atividades culturais e educacionais¹⁶. A degradação a que são submetidos os apenados no Brasil, é evidenciada, sobretudo, no tocante a superlotação dos presídios e as condições insalubres das celas, considerando a iluminação precária, má ventilação, circulação de odores fétidos, inclusive com restos de comida, o que facilita a proliferação de insetos, ratos, e doenças respiratórias no interior das celas¹⁷.

A superlotação endêmica foi objeto de destaque no documento produzido pelo Relator Especial sobre a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes da ONU, o argentino Juan Méndez. A convite do Brasil, acompanhou a situação carcerária do país em Agosto de 2015¹⁸. O relatório, divulgado no início de 2016, faz severas assertivas no tocante a prática frequente de tortura e maus-tratos no ambiente carcerário e ainda destaca a superlotação dos presídios do país.

A sistêmica e recorrente violência e tortura praticada por agentes estatais foram reconhecidas pelo governo brasileiro como método de investigação e punição aplicada aos presos, ao arrepio dos instrumentos legislativos.

Segundo os dados atuais, informados pelo CNJ, o *déficit* de vagas no sistema chega a 206 mil. Considerando as prisões domiciliares, o déficit passa para 354 mil vagas¹⁹. No mesmo sentido, em relatório elaborado pela ONG americana *Humans Rights Watch* em 2015, a superlotação e a tortura despontam como graves problemas do sistema penitenciário brasileiro²⁰.

causas daninhas são transferidas a terceiros. (Retrospecto e perspectivas das estratégias repressivas sob enfoque criminológico. Tese de Doutorado defendida na FADUSP, disponível em sua biblioteca. São Paulo: 1996, p. 242).

16 As mazelas que permeiam o sistema prisional, nos direcionam para “a reconhecida incapacidade e incompetência do poder público em gerenciar amplas massas carcerárias, bem assim de lograr uma política efetivamente coordenadora da execução penal”. (ADORNO, Sérgio. Sistema penitenciário no Brasil: Problemas e desafios. Revista USP. Março, abril e maio. 1991, p.68)

17 A degradação do sistema prisional a patamares inaceitáveis é retratada nas palavras de René Ariel Dotti: “Em verdade e frente à experiência recolhida em mais de duzentos anos, é possível afirmar que a prisão é o monocórdio que se propõe a executar a grande sinfonia do bem e do mal. Nascendo geralmente do grito de revolta das vítimas e testemunhas na flagrância da ofensa, ela é instrumento de castigo que se abate sobre o corpo do acusado e o incenso que procura envolver a sua alma caída desde o primeiro até o último dos purgatórios”. (Bases alternativas para o sistema de penas. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998).

18 Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/G160141RelatorioTorturaVisitaBR2015>. Acesso em 08/06/2016.

19 Disponível em <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 19/06/2017

20 A *Human Rights Watch* é uma ONG americana que elabora pesquisas e relatórios a respeito de violações aos direitos humanos. Neste instrumento informativo há ampla descrição sobre as mazelas que assolam os apenados do país: “Condições Carcerárias, Tortura e Maus-Tratos de Detentos: muitas prisões e cadeias

As condições degradantes que são submetidos os apenados do país e as graves violação de direitos fundamentais dos apenados no presídio central de Porto Alegre/RS, deram origem a medida cautelar concedida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Estado Brasileiro²¹. No mesmo sentido, destaca-se as chacinas ocorridas no presídio de Pedrinhas/MA, onde ocorreram 41 (quarenta e uma) mortes de presos sob custódia estatal, o que também ensejou medida cautelar da Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil²².

Considerando os graves episódios de tortura e os numerosos casos de homicídios ocorridos na penitenciária Urso Branco, no Estado de Rondônia, desde janeiro de 2002 a Comissão Interamericana e, depois, a Corte Interamericana requereram que o governo implementasse medidas urgentes para garantir a proteção à vida e a dignidade dos apenados²³.

A par disso, é interessante ressaltar alguns dados e episódios graves que escararam de maneira objetiva a degradação social do sistema penitenciário. Em maio de 2004 cerca de 30 detentos foram mortos durante um conflito entre facções rivais no interior do Centro de Detenção de Benfica, em Juiz de Fora, no Estado de Minas Gerais. Na mesma toada, em junho de 2005 cinco apenados foram decapitados e as cabeças foram expostas no telhado do prédio, após rebelião na Penitenciária Zwinglio Ferreira, em Presidente Venceslau, interior do Estado de São Paulo²⁴. Em 2013, no mutirão carcerário realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), teve destaque a situação peculiar das mulheres em situação de cárcere na penitenciária feminina de Santana/SP, onde as detentas não tinham acesso a produtos mínimos de higiene, tendo de usar miolo de pão como absorvente²⁵.

brasileiras estão superlotadas e atormentadas pela violência. A taxa de encarceramento do país aumentou em 45% entre os anos de 2006 e 2013, de acordo com dados do Sistema Integrado de Informação Penitenciária (InfoPen). [...] A tortura é um problema crônico em delegacias de polícia e centros de detenção. Entre janeiro de 2012 e junho de 2014, a Ouvidoria de Direitos Humanos nacional recebeu 5.431 queixas de tortura e/ou tratamento degradante desumano cruel (cerca de 181 queixas por mês) de todo o país. [...] Os agentes da lei que cometem abusos contra os presos e detidos são raramente levados à justiça. Em uma notável exceção, um total de 73 policiais foram condenados por homicídio em 2013 e 2014 pela sua participação na matança, em 1992, de 111 detidos na prisão de Carandiru, em São Paulo”. Disponível em <https://www.hrw.org/sites/default/files/wr2015_web.pdf>. Acesso em 15/06/2017.

21 INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Resolutions 14/2013. Precautionary Measure n.8-13. Matter of Persons Deprived of Liberty at the Central Penitentiary of Porto Alegre regarding Brasil. Disponível em: <[http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution14-13\(MC-8-13\).pdf](http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution14-13(MC-8-13).pdf)>. Acesso em 11/06/2017.

22 INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Resolutions 11/2013. Precautionary Measure n.367-13 Matter of Persons Deprived of Liberty at the Penitentiary Complex of Pedrinhas regarding Brazil. Disponível em <[http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution11-13\(MC-367-13\).pdf](http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution11-13(MC-367-13).pdf)>. Acesso em: 11/06/2017.

23 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/seriee_ing/index.html#urso>. Acesso em 12/06/2017.

24 Disponível em <http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a_pdf/relatorio_cdhcf_tortura_br_2005.pdf>. Acesso em 07/06/2017

25 CNJ. Mutirão carcerário do CNJ liberta 2,3 mil pessoas em SP. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/58096-mutirao-carcerario-do-cnj-liberta-23-mil-pessoas-em-sp>>. Acesso em: 13/06/2017.

As condições a que são submetidos os apenados do país atentam de forma profunda a dignidade da pessoa humana e sendo este um substrato fundamental e indissociável do ser humano, deve ser respeitado pelo Estado²⁶. Conforme já demonstrado, as unidades prisionais do país são verdadeiras masmorras medievais, onde a precariedade no interior das celas é absoluta. O desrespeito aos direitos humanos da pessoa presa tornou-se prática recorrente no sistema carcerário nacional.

Em última análise, portanto, a constatação empírica evidencia a crise endêmica que permeia o sistema carcerário brasileiro, consubstanciada, sobretudo, pela superlotação, violência e condições sanitárias desumanas, que refletem a exclusão social e potencializam os efeitos nefastos da prisionização. O exercício de melhora tem que ser sempre no sentido de pautar o sistema penal sob o viés garantista, aptos a promover a harmonização entre os direitos e garantias do apenado, a segurança e o bem-estar social, tendo como norte a dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Brasileiro, assegurado pela Constituição Federal.

3 DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Superadas as noções iniciais a respeito do sistema carcerário brasileiro, eis o momento oportuno para um tracejo mais detalhado desta tese cuja origem aponta para a Corte Constitucional Colombiana. De início será feita uma breve abordagem histórica que remonta à estruturação da teoria na Suprema Corte Colombiana, quando então se passará ao estudo de seus pressupostos e a conceituação do tema, pressupostos necessárias à análise do acórdão prolatado pela ADPF nº 347.

3.1 Breve Cotejo Histórico

O primeiro caso em que fora reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional, na Suprema Corte Colombiana, foi aquele expresso na *Sentencia* nº SU-559, de 06 de novembro de 1997. À época 45 (quarenta e cinco) professores dos Municípios de *Maria La Baja* e *Zambrano* tiveram seus direitos previdenciários negados pelas autoridades securitárias locais. Na decisão da Corte foi constatado que além das partes envolvidas na contenda, outros

26 Nesse sentido, importante lição de Fábio Konder Comparato: “O caráter único e insubstituível de cada ser humano, portador de um valor próprio, veio demonstrar que a dignidade da pessoa existe singularmente em todo indivíduo; e que, por conseguinte, nenhuma justificativa de utilidade pública ou reprovação social pode legitimar a pena de morte. O homicídio voluntário do criminoso pelo Estado, ainda que ao cabo de um processo judicial regular, é sempre um ato eticamente injustificável, e a consciência jurídica contemporânea tende a considerá-lo como tal”. (A afirmação histórica dos direitos humanos. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 31).

professores encontravam-se em situação semelhante. A par disso, declarou-se o Estado de Coisas Inconstitucional, dando ao caso efeito *erga omnes*, estendido a todos os membros da classe docente que se vissem na mesma situação. No mesmo ato, a Corte também determinou o envio de ofícios contendo cópias das decisões para diversas autoridades locais e nacionais, a fim de que tomassem todas as medidas políticas e orçamentárias cabíveis²⁷.

Já em 1998 a Corte enfrentou caso semelhante ao relatado na ADPF nº 347 (*Setencia de Tutela “T”-153*), uma vez que também declarou o estado de inconstitucionalidade sobre o sistema carcerário colombiano, que assim como no caso brasileiro, violava massiva e sistematicamente os direitos fundamentais dos presos, por conta da superlotação dos presídios. Nesta decisão a Suprema Corte mandamentou ordens para a melhoria do cárcere, como o repasse de recursos orçamentários pelo governo nacional e a adoção de medidas, pelo Presidente da República, que garantissem os direitos dos detentos. No entanto, a decisão não logrou o resultado almejado, de forma que o acórdão exarado foi taxado como ineficiente. Constatou-se, portanto, que os grandes erros da Corte fora determinar ordens rígidas, cujas fases de implementação não foram devidamente monitoradas pelo judiciário.

Apenas ordens programáticas, de caráter flexível²⁸, permitem o diálogo institucional necessário à superação do Estado de Coisas Inconstitucional (muito por isso, essa foi a técnica de julgamento adotada pelo Supremo Tribunal Federal). O reconhecimento da necessidade do fomento do diálogo institucional através dessas espécies de ordens veio através da *Sentencia T-025*. Neste julgado a Suprema Corte Colombiana conheceu a situação de 1.150 núcleos familiares que sofriam do deslocamento forçado. Tratam-se de pessoas que se veem compelidas a se retirar de seu próprios lares e atividades econômicas, em razão da violência

27 Análise detalhada do caso é feita por Clara Inés Vargas Hernandez, que descreve com cuidado todos seus pormenores (La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales Año 1, Nº 1, Universidad de Talca, Chile, 2003, p. 212-214). Vale destaque trecho em autora comenta as justificativas que fizeram a Corte conceder eficácia *erga omnes* ao caso, afirmando: “Como fundamento del ‘esta de cosas inconstitucional’, la Corte se apoyó en el artículo 113 de la Carta Política que consagra el deber de colaboración armónica de esa Corporación notificarle a las demás autoridades públicas de la existencia de una situación de hechos que vulneraba la Constitución. Com segunda justificación el Juez constitucional apeló a um argumento de carácter económico en el sentido de que resultaba menos costoso para el presupuesto de la rama judicial hacer pronunciamientos que abarcasen múltiples situaciones semejantes que esperar a que cada ciudadano impetrase la correspondiente acción de tutela”.

28 Neste sentido GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 14: “Em segundo lugar, la T-025 es tal vez el intento judicial latino-americano más explícito y sistemático por asegurar la implementación de una macrosentencia. Como se verá, durante el período de seis años analizado em este libro (enero de 2004 a enero de 2010), la Corte Constitucional mantuvo jurisdicción sobre e caso para impulsar el cumplimiento de sus órdenes, através de 84 decisiones de seguimiento (autos) y 14 audiencias públicas de discusión, que hicieron balances del trabajo de Gobierno, y há dictado nuevas órdenes para impulsar la protección de los derechos de la población desplazada.”

distribuída por grupos paramilitares armados (como as FARC). Nessas situações o descaso estatal é reiterado em dois momentos: primeiro, pois não garante a segurança mínima para que as pessoas possam se sentir seguras em seus próprios lares, ante a ineficiência do segurança pública local; e segundo, no momento em que desamparam essas famílias do seu mínimo existencial, uma vez que ao abandonarem seus trabalhos e lares, o Estado não lhes prestam qualquer tipo de assistência relativa a saúde, educação ou moradia.

Diferente da *Sentencia* T-153, ao tratar do deslocamento forçado, a Corte Colombiana conseguiu através de sua decisão, de forma gradual, alcançar os resultados almejados, eis que reconheceu que a eficácia própria de sua sentença não bastava para a superação dos obstáculos institucionais. Desta forma, além de instaurar ordens judiciais flexíveis, a Corte também exerceu um papel fiscalizador, através de audiências públicas, com severa participação da sociedade civil, que permitiram o acompanhamento e implementação daqueles vetores lançados – justamente o mesmo *iter* adotado no voto do Ministro Relator Marco Aurélio como fundamental ao adimplemento das medidas da ADPF nº 347.

3.2 Conceituação e Pressupostos

O Estado de Coisas Inconstitucional, como bem nítido nas decisões da Suprema Corte Colombiana, é um quadro de violação sistêmica de direitos humanos, caracterizado pela inércia institucional do Estado, nos seus mais diferentes órgãos, que perpetua e estende a crise de direitos fundamentais. A excepcionalidade da situação é tão severa, que a atuação singular de um dos entes estatais não seria suficiente a superar o estado de inconstitucionalidade que devasta determinado segmento social. É necessário, portanto, uma cooperação entre os segmentos dos poderes do Estado, encabeçada pela Corte Constitucional (a quem incumbe fomentar o diálogo), através de decisões judiciais flexíveis, que redimensionam os ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, com o fim de viabilizar melhor coordenação estrutural²⁹.

Sendo assim, para a configuração do estado de coisas inconstitucional são necessários três pressupostos fundamentais³⁰.

O pressuposto fático exige a ocorrência de violação genérica e sistêmica de direitos humanos, que afeta um número indeterminado de sujeitos (a atuação judicial, dentro desse

29 Neste sentido: CARMARGO, Marcelo Novelino. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 162. Também: CAMPOS, Carlos Alexandre. Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”. 2015. 245 f. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Sociais. Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro/RJ. 2015. p. 90-93.

30 CARMARGO, Marcelo Novelino. Op. cit., loc. cit.

contexto, se disposta a assegurar o direito de apenas alguns sujeitos ou de grupos específicos implicaria em uma tutela estatal ineficaz dos direitos fundamentais em sua eficácia objetiva); O pressuposto político é a falha endêmica do Estado, caracterizada pela inoperância estrutural das instituições, que por falta de diálogo e cooperação mantêm-se inertes ou atuam por meio de políticas públicas deficientes; o pressuposto jurídico são as medidas judiciais prementes à superação do estado de inconstitucionalidade. A correção da falha sistêmica-estrutural depende da cooperação das autoridades públicas competentes visando a melhoria das políticas públicas existentes, o realocamento dos recursos orçamentários e o reajuste dos arranjos institucionais. Perceba que é justamente este quadro de excepcionalidade que autoriza a atuação do Supremo Tribunal Federal enquanto órgão legitimado a promover o diálogo entre as fontes públicas competentes à superação da falha institucional.

4 CORTE ANALÍTICO DO ACÓDÃO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 347 MC/DF

Em vista ao quadro lastimável do sistema carcerário, exposto nas linhas acima, irremediavelmente algum tipo de reação haveria de surgir. Trata-se de um fato histórico, há muito estudado pela sociologia. Isto porque, quando um segmento da sociedade é extremamente oprimido, submetido a uma coerção social absurda, não há outro caminho senão exercer uma contrapressão em força proporcional, mas em sentido oposto³¹.

No entanto, a reação necessária de classes marginais – que se encontram à margem da sociedade – apenas surte efeito em duas circunstâncias: quando um número razoável do contingente populacional adere a sua causa, ou quando pessoas ou grupos organizados, ainda que minoritários, mas de alta representatividade político-social, reagem contra o quadro instalado.

No que concerne a primeira situação, da aderência popular, parece que não seria o caminho propício para que os presos pudessem buscar o reconhecimento da brutalidade do sistema em que estivessem inseridos, uma vez que se está diante de parcela da população que não goza, notavelmente, de apelo popular.

Resta, portanto, a segunda via, ou seja, a reação por parte de pessoas e grupos de alta representatividade. Estes, diante do quadro de degradação social massiva, encampam os ideais dos que são marginalizados, fazendo que a situação ganhe a notoriedade e reação necessária. Foi este o papel que o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) exerceu. Dispondo de sua

31 Este foi justamente o ponto de ebulição de diversas revoluções sociais retratadas ao longo dos séculos, como a Revolução Inglesa de 1640, a Revolução Francesa de 1789, a Revolução Russa de 1917, a conquista dos direitos civis dos negros nos Estados Unidos em 1950 e a Revolução Cubana de 1953.

legitimidade para a propositura de ações em sede do controle concentrado de constitucionalidade (art. 2º, inciso I, lei 9882/99 c/c art. 103, inciso VIII, CF), por se tratar de partido político com representatividade no Congresso Nacional, ajuizou a Arguição de Descumprimento de Dever Fundamental nº 347.

Neste sentido, optando pela via jurisdicional – uma vez que qualquer debate envolvendo direitos dos presos não gozaria do prestígio político necessário para que as discussões avançassem, caso fosse eleita a via democrática do poder legislativo – o PSOL buscou no Supremo Tribunal Federal o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional presente no sistema carcerário brasileiro.

Eis que no dia 19/02/2016 é publicado no Diário Justiça Eletrônico o acórdão, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, em julgamento emblemático, da ADPF nº 347, julgada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, que acata ao pedido declaratório contido na ação e reconhece o Estado de Coisas Inconstitucional sobre o sistema penitenciário pátrio. Nesta toada, será sobre esta decisão que esta pesquisa debruçar-se-á neste momento, trazendo ao longo dos próximos parágrafos seus principais fundamentos, para que, ao final, se tenha uma exata dimensão da importante função que o Supremo Tribunal Federal exerce no reconhecimento do estado de inconstitucionalidade do sistema carcerário brasileiro.

4.1 Reconhecimento da Deficiência Estrutural do Sistema Carcerário e seu Estado de Inconstitucionalidade

O Estado de Coisas Inconstitucional pressupõe, como bem delineado pelo acórdão, que menciona as reiteradas decisões da Corte Constitucional da Colômbia (onde a matéria tomou forma), a concomitância de três requisitos, quais sejam: i) violação massiva e generalizadas de direitos humanos; ii) inércia (ou recalcitrância, o que é ainda mais reprovável) ou falta de capacidade persistente de as autoridades públicas solucionar a violação de direitos; e iii) a superação do litígio exigir a atuação conjunta de mais de um ou diversos órgãos públicos.

Portanto, nos votos dos ministros da Corte Suprema brasileira se percebe, em um primeiro momento, um esforço em transmitir o quadro caótico vivido dentro das penitenciárias instaladas em todo território nacional. Para tanto, com base em dados colhidos pela Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados (2007-2009) - designada para investigar o assunto - e pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Clínica UERJ Direitos), o Supremo escancara o que todos desconfiavam.

No transcorrer das três últimas décadas o quadro prisional brasileiro sofreu um aumento exponencial do número de detentos, de modo que entre 1990 a 2015 a majoração superou o patamar dos 650% (de 90 mil em 1990 para mais de 700 mil em maio de 2014). Arelado a isso, ao seu turno, desponta a inevitável superlotação dos presídios, em que a deficiência no número de vagas chega a aproximadamente 1/3 em relação ao número total detentos³².

Não bastasse a estarrecedora realidade dos números, a estrutura carcerária por si só bastaria ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional. Isto porque já se tornou comum nos presídios brasileiros relatos de torturas, abusos sexuais, homicídios e agressões físicas e morais. Aqueles que pertencem a grupos minoritários, como transexuais, muitas vezes se veem compelidos, sob ameaça de mal maior, a prestarem servidão para outros presos. Deploráveis são também as condições subumanas de moradia, uma vez que também não deixa de ser recorrente os presos terem de se revezar para conseguirem dormir, ante a falta de espaço dentro das celas, havendo casos de homens que têm de dormir sob os vasos sanitários. Há, ainda, problemas em relação a comida que é servida para os detentos, que acaba tornando-se inapropriada ao consumo humano, pois apodrecem pela falta de armazenamento adequado. Esses são apenas alguns dos severos problemas relatados no acórdão, que ainda traz a falta de produtos de higiene básica e o contato direito com esgoto não tratado como outros traços do “inferno dantesco” (assim adjetivado nas palavras do relator, Ministro Marco Aurélio) que paira sobre o sistema prisional.

Outro ponto a se considerar, trazido também no acórdão, é que o tratamento desumano dos presidiários repercute em toda sociedade. Considerando que cerca de 70% da população carcerária se tornará reincidente, cometendo crimes mais graves, será o corpo social que acabará, em última análise, absorvendo os efeitos mais nefastos desses números, sob o viés da violência. E isso deve a grande deficiência que o sistema carcerário possui em ressocializar o detento no contexto social. Em verdade, o que se vê nas penitenciárias é justamente o oposto da ressocialização, considerando que o sistema ao invés de reeducar cidadãos, ancora e afunda ainda mais os indivíduos na subcultura do cárcere.

32 Alguns dados significativos do acórdão merecem destaque: “Segundo as investigações realizadas, a população carcerária, maioria de pobres e negros, alcançava, em maio de 2014, 711.463 presos, incluídos 147.397 em regime domiciliar, para 357.219 vagas disponíveis. Sem levar em conta o número de presos em domicílio, o déficit é de 206.307, subindo para 354.244, se computado. A deficiência de vagas poderia ser muito pior se não fossem os 373.991 mandados de prisão sem cumprimento. Considerando o número total, até mesmo com as prisões domiciliares, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, depois dos Estados Unidos e da China. Tendo presentes apenas os presos em presídios e delegacias, o Brasil fica em quarto lugar, após a Rússia”. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em 02/06/2017.

Contudo, perceba, que não se está diante de um problema exclusivo à administração carcerária, ou seja, restrito ao poder executivo – até porque o Estado de Coisas Inconstitucional pressupõe a “culpa compartilhada” entre diversos órgãos, que compõe todos poderes do Estado, pela violação sistêmica dos direitos humanos - mas de legítima falha estrutural, que atinge indistintamente a instituição estatal em todos suas funções.

O executivo peca na implementação de políticas públicas capazes de superar o estado de inconstitucionalidade flagrante, além de injustificadamente contingenciar o repasse de verbas originariamente destinadas ao melhoramento do sistema prisional (apenas 30% dos valores depositados no Fundo Penitenciário Nacional foram repassados, de forma que cerca de R\$ 2 bilhões permaneceram estagnados nas contas públicas) tão somente para que o governo federal pudesse atingir as metas fiscais previstas. O poder legislativo, por sua vez, peca na elaboração leis eficientes, que por si só não são capazes de implementar as diretrizes necessárias a tutela do mínimo existencial dos presos³³. Além disso, ante a falta de representatividade dos presos nas tribunas legislativas (que têm seus direitos políticos suspensos enquanto perdurar a condenação penal, haja vista ser um dos efeitos transitórios da sentença penal condenatória – art. 15, inciso III, CF) e o desprestígio popular que as tomadas de decisão política em seu favor têm, ocorrem os chamados “pontos cegos legislativos”. Os pontos cegos ocorrem quando a falta de credibilidade política de certas decisões norteiam os rumos dos debates nas casas legislativas, ocasionando verdadeiros “vácuos” de representatividade daqueles que necessitam de apoio governamental.

Por fim, o poder judiciário também carrega parcela significativa de culpa, eis que peca por ser a principal engrenagem da cultura do encarceramento. Os números retratam bem essa cultura. Cerca de 41% (quarenta e um por cento) da população carcerária do país é composta por presos provisórios, que evidencia uma verdadeira banalização das prisões processuais. Isto porque, segundo consta no voto no Supremo, a maioria destes presos são absolvidos ou condenados a penas alternativas ao cárcere, como restritivas de direitos. Outro

33 O conteúdo do mínimo existencial é tratado de forma precisa por Marcelo Novelino Camargo, exposto no artigo “Conteúdo Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana”: “Mínimo existencial é usualmente associado ao princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que seja decorrente também de outros princípios constitucionais. Apesar de não possuir um conteúdo específico, pode-se dizer que três direitos básicos integram a sua composição: saúde, educação e moradia. Como núcleo dos direitos fundamentais, a dignidade se faz presente no conteúdo de todos eles, sem exceção, ainda que a intensidade seja variável. Apesar de desejável o acesso ao maior número possível de bens e utilidades, a ampliação demasiada do conteúdo deste princípio cria o sério risco de enfraquecimento de sua efetividade, podendo gerar um efeito contrário ao desejado. Por isso, a delimitação dos bens e utilidades mínimos indispensáveis. (...)O aspecto distintivo fundamental entre os direitos integrantes do mínimo existencial e os demais direitos sociais está no fato de que aqueles, por serem imprescindíveis a uma vida digna, não se submetem à ‘reserva do possível’” (CAMARGO, Marcelo Novelino. *org. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos humanos e direitos fundamentais*. Juspodivm: Salvador, 2008).

fator que gera alarde, noticiando a falha omissiva do poder judiciário, é que desde de 2008 são realizados diversos mutirões carcerários do Conselho Nacional de Justiça, sendo constatado que dezenas de milhares de presos estão cumprindo pena por mais tempo que o previsto na sentença condenatória transitada em julgado. Isto, além de agravar a omissão do poder jurisdicional, também serve para elucidar a deficiência administrativa presente nos órgãos de assistência jurídica, como as defensorias públicas, que na ampla maioria das vezes é a única opção de defesa dos interesses do preso em juízo³⁴.

4.2 Diálogo e Cooperação Institucional: a Função do Supremo na Superação do Litígio Estrutural (Constitucionalismo Cooperativo)

Tendo em mente a atual situação do cárcere brasileiro e retomando os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal caminhou bem ao declarar sua existência. No entanto, em que pese se tratar de uma tese essencial para a superação do estado de inconstitucionalidade latente de certos setores descuidados pelo Estado, não se trata de uma construção jurídica imune a críticas. O próprio Supremo Tribunal Federal, no texto do acórdão da ADPF nº 347, reconhece uma certa incerteza na definição exata daquelas situações imersas em suficiente estado de inconstitucionalidade justificador de uma intervenção radical (e excepcional, vale destaque) da Corte constitucional de uma país, haja vista a abrangência dos seus requisitos.

Contudo, mesmo diante da abrangência dos pressupostos para a configuração do Estado de Coisas Inconstitucional, que dificulta a exata asserção sobre quais situações lhe configurariam dentro da realidade de uma país subdesenvolvido, inobstante é a definição de uma “zona de certeza positiva” (como bem delineado no acórdão), dentro da qual o sistema carcerário está completamente inserido.

Entretanto, outros obstáculos teóricos também não podem ser invocados para afastar

34 O panorama endêmico da crise estrutural que o sistema carcerário fora submetido é muito bem sintetizado no voto do relator, Ministro Marco Aurélio, que o registra da seguinte forma: “A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada “falha estatal estrutural”. As leis existentes, porque não observadas, deixam de conduzir à proteção aos direitos fundamentais dos presos. Executivo e Legislativo, titulares do condomínio legislativo sobre as matérias relacionadas, não se comunicam. As políticas públicas em vigor mostram-se incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades. O Judiciário, ao implementar número excessivo de prisões provisórias, coloca em prática a ‘cultura do encarceramento’, que, repita-se, agravou a superlotação carcerária e não diminuiu a insegurança social nas cidades e zonas rurais. Em síntese, assiste-se ao mau funcionamento estrutural e histórico do Estado – União, estados e Distrito Federal, considerados os três Poderes – como fator da violação de direitos fundamentais dos presos e da própria insegurança da sociedade. Ante tal quadro, a solução, ou conjunto de soluções, para ganhar efetividade, deve possuir alcance orgânico de mesma extensão, ou seja, deve envolver a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade” Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em 02/06/2017.

a necessária intervenção do Supremo Tribunal Federal, ante a omissão e ineficiência sistemática do Estado sobre a questão prisional.

Neste sentido, a grande dificuldade teórica exposta no acórdão diz respeito ao exercício, pelo Poder Judiciário, de uma função atípica, interferindo em políticas públicas e opções orçamentárias. Desta forma, antevendo a eventual alegação de que o princípio da tripartição dos poderes poderia obstar o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, já na fundamentação do acórdão, o Supremo cuidou de afastar qualquer discussão teórica impeditiva nesta questão. Sustentando que a suposta supremacia das capacidades do Legislativo e Executivo, quando comparadas ao Judiciário, não foram suficientes a contornar a violação sistêmica dos direitos dos presos, tendo sido este, inclusive, o motivo determinante para a letargia omissiva do Estado, os votos dos Ministros na ADPF nº 347 apontam que a falência do contexto carcerário justifica uma intenção excepcional do Pretório Excelso³⁵.

Apenas a atuação do Supremo Tribunal Federal tem o condão de superar os obstáculos institucionais e políticos ocasionados pela sub-representação parlamentar e a impopularidade das tomadas de decisões em favor da população carcerária. Contudo, a Corte Suprema não tem por objetivo (e nem legitimidade constitucional) para substituir a função dos demais Poderes. O papel do Supremo é o de catalisar ações e políticas públicas, coordenando e monitorando sua eficiência através de normas abertas (repetindo a bem-sucedida experiência da Corte Colombiana), ofertando sempre o diálogo entre os competentes órgãos dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Trata-se daquilo que a doutrina sagazmente denominou de Cooperativismo Constitucional.

Assim sendo, declarando a existência do Estado de Coisas Inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal, em caráter liminar, no julgamento da Arguição de

35 A violação reiterada e sistemática de direitos fundamentais dos presos, ao ponto de extirpar a própria dignidade da pessoa humana, uma vez que o próprio mínimo existencial é afastado, já foi objeto de apreciação do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 592.581/RS. Naquela ocasião o Tribunal pacificou entendimento que não há violação à tripartição dos poderes na atuação incisiva do poder judiciário quando determina a realização de obras em presídios – mesmo desprovidas de previsão orçamentária – se for constatada a ocorrência de grave violação de direitos fundamentais. Veja aresto da decisão: “O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: ‘É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes’”. (STF - RE: 592581 RS, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 24/09/2012. Data de Publicação: DJe-191 DIVULG 27/09/2012 PUBLIC 28/09/2012). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+592581%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+592581%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/andcev4>>. Acesso em 03/06/2016.

Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, concedeu parcial procedência aos requerimentos do Partido Socialismo e Liberdade, determinando:

a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos³⁶.

Perceba que através da instituição de normas flexíveis, cujo conteúdo pode ser preenchido, dentro dos parâmetros estabelecidos, pelos seus aplicadores, fomenta a solidariedade institucional, permitindo que se coadunem em verdadeiros instrumentos fáticos de linguagem entre as instituições estatais, tendo em vista que se prestam a manter os canais de diálogo sempre abertos. Compete ao Supremo, portanto, harmonizar o dissonante diálogo institucional em prol dos sujeitos afetados pelos pontos cegos legislativos. Além disso, sua função também é balancear o apelo populacional – feição do princípio democrático – contrário às decisões favoráveis aos integrantes do cárcere, com a função contramajoritária do judiciário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das graves violações aos direitos fundamentais dos apenados do país, o funcionamento do sistema carcerário está mergulhado em duras críticas que o direcionam para a configuração do Estado de Coisas Inconstitucional.

As profundas mazelas que permeiam o sistema penitenciário brasileiro e que têm se intensificado, ao longo das últimas décadas, sobretudo pela superlotação endêmica, violência e as condições degradantes a que são submetidos a massa carcerária brasileira, colocam de frente as profundas deficiências estruturais que acompanham a história do país e a omissão estatal em prover os direitos mínimos dos apenados.

Em que pese os avanços na normatização dos direitos fundamentais, seja por instrumentos normativos de âmbito internacional ou mesmo provenientes da legislação pátria,

36 Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em 04/06/2016.

não se verifica reflexos profundos no ambiente carcerário. Assim sendo, as prisões brasileiras ilustram, em grande medida, as masmorras medievais e são marcadas pelo descaso estatal e graves lesões à dignidade humana.

Os efeitos inerentes à natureza do cárcere somam-se às deficiências estruturais das unidades prisionais, superlotadas e sem condições sanitárias mínimas, revelando-se como obstáculo a humanização da pena e a ressocialização do apenado.

A busca pela redução dos índices de criminalidade passa, de forma incontestada, pela atuação do Estado em garantir a tutela dos direitos aos indivíduos em situação de cárcere, oportunizando condições efetivas para a ressocialização. Nesse sentido, importante destacar que o processo de ressocialização pressupõe a busca pela socialização do indivíduo, sua alocação e integração no meio social. Não se pode vislumbrar a ressocialização de um indivíduo que sequer foi socializado.

Assim sendo, a implementação de políticas públicas deve ser uma via de mão dupla, com vistas a atender os anseios sociais de proteção e segurança, assim como assegurar a tutela do apenado dentro e fora do cárcere.

O cárcere, portanto, atua no sentido de manter determinados indivíduos segregados do convívio social, criando verdadeiros depósitos humanos de indesejáveis, e, dessa forma, ao invés de atuar no sentido de conter a criminalidade, resta por introduzir os apenados no submundo do crime.

A invisibilidade social a que estão relegados os presos do país imprime forte influência nas condições da execução da pena privativa de liberdade, como delineado nos capítulos antecedentes. Além do que, os dados atualizados, promovidos nos últimos anos por instituições alocadas fora da estrutura governamental, advertem para o agravamento da superlotação e o fracasso estatal no controle da criminalidade.

Não coincidentemente o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 347, aforada pelo PSOL, reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional que degrada o sistema prisional pátrio. Neste sentido, ao encampar a experiência colombiana, o Supremo reconheceu que dentro das prisões brasileiras há um quadro de desrespeito e descaso endêmico com os direitos fundamentais dos presos, motivados pela sub-representação parlamentar e a impopularidade das decisões políticas que lhes forem favoráveis – criando os “pontos cegos” legislativos - incapaz de ser alterado singularmente pela adoção das medidas institucionais em curso, o que gera a necessidade excepcional de uma intervenção judicial ativa no sentido de forçar o cooperativismo entre as esferas governamentais como única alternativa viável para a superação do estado de inconstitucionalidade.

Para tanto, foram exarados mandamentos flexíveis, que já surtem efeitos em todo território nacional – como a imposição das audiências de custódia, previstas em instrumentos normativos supranacionais e a expressa fundamentação das decisões que ordenarem as prisões processuais em detrimento daquelas medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP –, finalisticamente dirigidos ao cooperativismo constitucional (diálogo das fontes estatais).

Contudo, percebe-se que a superação da crise prisional que povoa o cárcere brasileiro há tempos (desde os primórdios da Colônia) não será garantido pelo mero reconhecimento do estado de coisas inconstitucional. Assim como previsto no acórdão, repetindo o programa positivo da Corte Constitucional da Colômbia, incumbe à cúpula do judiciário nacional o acompanhamento das ordens mandamentais implementadas, jamais se olvidando da sua função fática: garantir que a cláusula democrática seja fielmente cumprida, promovendo a participação da sociedade e demais instituições através das audiências públicas (e outros meios efetivos de inclusão dos interessados), que manterão os canais de diálogo sempre abertos. Neste sentido, apenas a parcimônia e insistência na cooperação, atrelados ao acompanhamento contínuo e duradouro (o fator tempo é fundamental) das medidas adotadas poderão, em longo prazo, readequar a estrutura prisional brasileira e compatibilizar o estado de coisas do cárcere às premissas fundamentais da Constituição Federal e – em última análise – redirecionar a pena ao seu fim ressocializador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. **Sistema penitenciário no Brasil: Problemas e desafios**. Revista USP. Março, abril e maio. 1991.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 2ª Tir. São Paulo: Editora Malheiros, 2012

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios constitucionais: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Editor Malheiros, 2004.

BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico**. Tradução Ana Sabadell. RBCCrim, n. 5. São Paulo: RT, 1994, p. 5-24.

_____. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan: Instituto carioca de Criminologia, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites**

- e possibilidades da Constituição brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004
- BIZZOTTO, Alexandre. **Inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009
- BRAGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006
- _____. **A constituição aberta**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CAMARGO, Marcelo Novelino. *org.* **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos humanos e direitos fundamentais**. Juspodivm: Salvador, 2008
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016
- CAMPOS, Carlos Alexandre. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. 2015. 245 f. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Sociais. Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro/RJ. 2015.
- COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba:ICPC/Lumen Juris, 2005
- _____. **A criminologia crítica e a reforma da legislação penal**. Disponível em <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf>. Acesso em: 10/06/2016
- _____. **Direito penal: parte geral**. 5ª ed. Florianópolis: Editora Conceito, 2012.
- _____. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: Editora ICPC/Lumen Juris, 2005
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são direitos da pessoa**. 10ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994
- DOS SANTOS, Juarez Cirino. **A criminologia radical**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris,2008.
- _____. **30 anos de Vigiar e Punir (Foucault)**, 2005. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/30anos_vigiar_punir.pdf>. Acesso em 20/05/2016.
- DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 1998.

- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª ed. rev. São Paulo: Editora. Revista dos Tribunais, 2010.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; trad. de Raquel Ramalhete. 36ª ed. Petropolis: Editora Vozes, 2009
- GIACOIA, Gilberto. **Retrospecto e perspectivas das estratégias repressivas sob enfoque criminológico**. Tese de Doutorado defendida na FADUSP, disponível em sua biblioteca. São Paulo: 1996.
- GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Dejusticia, 2010.
- GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4ª Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.
- _____. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. São Paulo: Manole, 2004.
- HERNANDEZ, Clara Inés Vargas. **La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”**. Revista del Centro de Estudios Constitucionales Año 1, Nº 1, Universidad de Talca, Chile, 2003
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Resolutions 14/2013. Precautionary Measure n. 8-13. Matter of Persons Deprived of Liberty at the Central Penitentiary of Porto Alegre regarding Brasil. Disponível em: <[http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution14-13\(MC-8-13\).pdf](http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution14-13(MC-8-13).pdf)>. Acesso em 14/05/2015.
- _____. Resolutions 11/2013. Precautionary Measure n. 367-13 Matter of Persons Deprived of Liberty at the Penitentiary Complex of Pedrinhas regarding Brazil. <[http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution11-13\(MC-367-13\).pdf](http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution11-13(MC-367-13).pdf)>. Acesso em: 14/05/2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira *et al* (coordenadores). **Direito penal contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008
- ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Veja Universidade, 1991
- SALIBA, Maurício Gonçalves. **O olho do poder: análise crítica da proposta educativa do Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: UNESP, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

SARMENTO, Daniel. **As masmorras medievais e o Supremo**. 2015. Disponível em: <<http://www.jota.info/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo>>. Acesso em 11/06/2016

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu . **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

A EDUCAÇÃO AMBIENTAL CONTEMPORÂNEA COMO INSTRUMENTO DE EMPODERAMENTO DO INDIVÍDUO NAS RELAÇÕES SOCIOAMBIENTAIS

Ikaro Eduardo SEOLIN¹

RESUMO

O presente estudo possui por objeto abordar a educação ambiental e seus efeitos hodiernos. Neste contexto, estabelece-se como objetivo geral entender a política nacional de educação ambiental através da legislação vigente e, como objetivo específico, demonstrar os efeitos dessa norma nos indivíduos, qualificando sua importância atual. Desta forma, a problematização versará sobre a evolução da educação ambiental, sob uma perspectiva histórico-legislativa, até o presente momento. Portanto, por meio de pesquisa documental, busca-se perquirir o exercício de um direito de origem internacional e que fora introduzido na Constituição Federal de 1988, bem como na legislação infraconstitucional nacional. Utilizando-se do método dedutivo, o estudo, além de ser em sua maior parte bibliográfico, também será embasado em normas que versam sobre a educação ambiental, bem como sua relação com o Direito Internacional, Constitucional, Ambiental e a política pública inserida no âmbito jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Educação Ambiental; Direito ambiental; Política pública.

ABSTRACT

The present study aims to address environmental education and its current effects. In this context, it is established as a general objective understand the national policy of environmental education through the current legislation and, as a specific objective, to demonstrate the effects of this norm on individuals, qualifying its current importance. In this way, the problematization will be about the evolution of environmental education, from a historical-legislative perspective, up to the present moment. Therefore, through documentary research, it is sought to investigate the exercise of a right of international origin and that was introduced in the Federal Constitution of 1988, as well as in national infraconstitutional legislation. Using the deductive method, the study, in addition to being mostly bibliographic, will also be based on norms that deal with environmental education, as well as its relationship with International, Constitutional, Environmental Law and public policy within the scope Brazilian law.

KEY-WORDS: Environmental Education; Environmental law; Public policy.

INTRODUÇÃO

Preliminarmente é necessário definir o que se entende por educação ambiental, tendo

1 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, campus Três Lagoas/MS. Pós-graduando Lato Sensu em Direito Constitucional Contemporâneo no Instituto de Direito Constitucional e Cidadania, Londrina/PR. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental, Direito do Trabalho, Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Civil. Colaborador dos Grupos de Pesquisa cadastrados no CNPq "Políticas Públicas e Direitos Fundamentais" e "Direito, Cidadania e Desenvolvimento Sustentável", atuando também na qualidade de pesquisador neste último. Professor Colaborador da disciplina de Direito Administrativo pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, campus Três Lagoas/MS. Advogado inscrito na OAB/SP.

em vista que se trata de conceito multifacetado, que pode compreender a educação ambiental popular, crítica, política, comunitária, formal, não formal, para o desenvolvimento sustentável, conservacionista, socioambiental, ao ar livre, para solução de problemas entre tantas outras como tem sido relatado por vários doutrinadores.

Nesse artigo, entendemos educação ambiental como elemento não apenas de ensino e informação, mas também como instrumento de promoção do empoderamento do indivíduo quanto às questões socioambientais o afetam sua vida e a Terra.

Desta forma, tem-se como hipótese de análise do trabalho um olhar além do convencional para a Política Nacional de Educação Ambiental – PNEA tanto sob o enfoque jurídico quanto histórico, buscando novas ópticas para sua continuidade no mundo contemporâneo e suas possíveis evoluções. Isto implica no desenvolvimento inovador para a questão da cidadania como fator diretivo de uma sociedade democrática, baseada no Estado Democrático de Direito, bem como seu envolvimento com os direitos de terceira dimensão e sua efetividade.

Não obstante, o trabalho foi delimitado em três capítulos que tratam de forma diferenciada toda a questão proposta. Assim, em um primeiro momento, houve uma análise da educação ambiental e suas ligações com o direito internacional ambiental, detectando as possíveis influências difundidas na legislação brasileira, verificando-se os documentos gerados por Conferências que englobam todo o meio ambiente, como a de Estocolmo e RIO/92, e outras específicas que tratam diretamente da educação ambiental.

Em um segundo momento, houve exame sobre a Constituição Federal de 1988 e sua relação com a educação ambiental, objetivando traçar como a importância do constituinte se fez presente ao apresentar no bojo do texto constitucional a proteção do meio ambiente de forma inovadora, quebrando, inclusive, paradigmas de que uma Constituição deve se limitar à normas de caráter organizacional do Estado e de direitos fundamentais. Neste capítulo, a abordagem da participação popular, garantida e estimulada pela Constituição Cidadã, demonstrou um aprofundamento maior, construindo mecanismos para que o indivíduo comece projetar, não apenas de forma indireta, mas também direta, no pleno diretivo governamental o seus interesses.

Ademais, em um terceiro momento, analisou-se a Lei Federal n. 9.795 de 1.999, denominada Política Nacional de Educação Ambiental, entrelaçando as questões ambientais, jurídicas e educacionais sob a perspectiva de uma política pública, empoderando-se o indivíduo para que possa não apenas participar do processo de construção dessas políticas, mas também de ser protagonista em sua efetivação, reforçando a ideia de uma nova ética que

se faz em meio à um processo econômico degradante que precisa ser limitado não apenas pela legislação, como também pelos próprios indivíduos.

O estudo foi realizado através de bibliografia geral jurídica, entre estas incluídas obras que versam sobre o Direito Ambiental, para compreender o meio em que está situada a Educação Ambiental. Também foram utilizadas bibliografias específicas sobre o tema, de forma a individualizá-lo para compreender seu conteúdo, formalidades e características. O método utilizado para fundamentar a pesquisa foi o hipotético-dedutivo, onde houve análises acerca das informações disponibilizadas pelos órgãos públicos, bem como referências obtidas através da legislação pátria, documentos internacionais e concepções doutrinárias.

I – BREVE CONSIDERAÇÃO SOBRE A EDUCAÇÃO AMBIENTAL E SEU SURGIMENTO NO ÂMBITO JURÍDICO INTERNACIONAL

A primeira vez que o conceito de educação ambiental apareceu foi na Inglaterra em uma conferência realizada em 1965 na Keele University, em Staffordshire, com o propósito de investigar a conservação do campo e suas implicações para a educação. Essa conferência foi muito significativa, bem como foi a primeira ocasião em que educação e conservação aparecem juntas, possibilitando o surgimento do *Council for Environmental Education (CEE)*, em julho de 1968, com o objetivo de organizar as ações relacionadas à educação ambiental no âmbito daquele país (PALMER, 2002).

A educação ambiental começa a se estruturar de forma sistemática a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo em 1972 (HUCKLE, 1993). Esta não apenas se deu início a um princípio fundamental do direito ambiental, como também se tornou a base para toda a proteção jurídica do meio ambiente que vivenciamos atualmente, inaugurando uma nova classe de direitos que emergem no contexto mundial:

Uma nova tendência começou a se desenhar, sobretudo nas duas últimas décadas, no sentido de ampliar o âmbito dos direitos humanos de modo a abranger já não mais apenas os direitos coletivos de categorias específicas, ligadas por uma relação jurídica básica (como, por exemplo, os acionistas de uma sociedade anônima, ou os membros de um condomínio), mas para alcançar os interesses de grupos integrados por uma pluralidade de pessoas indeterminadas, embora vinculadas por um mesmo interesse comum. A vida moderna ressalta a importância de tais direitos que não têm titular certo, mas repercutem decisivamente sobre o bem-estar, ou mesmo a sobrevivência dos indivíduos nos vários segmentos sociais a que pertencem. Aos habitantes de uma determinada região são essenciais as condições de meio ambiente em que se integram; aos consumidores sobreleva a qualidade dos produtos ou a defesa contra manipulações de mercado. O livre acesso à informação isenta ou a proteção a valores históricos e artísticos são meios elementares de difusão e preservação da cultura. Tais bens coletivos, sem dono certo, constituem matéria-prima de uma vida comunitária estável e sadia, a serem juridicamente protegidos. A tais valores sociais que são, a um mesmo tempo, peculiares a todo um grupo social e

a cada qual de seus membros, consagrou-se o qualificativo de *direitos difusos*, que passam a merecer a proteção da lei. (TACITO apud MANCUSO, 2013, p. 95-96) (grifo do autor)

Não obstante, Padilha reafirma especificamente no âmbito da questão ambiental:

[...] o Direito Ambiental nasce da necessidade de proteção ao meio ambiente, vítima da exploração e agressão crescente e desproporcional, inaugurando uma nova dimensão aos direitos até então conhecidos, numa elevação crescente de coletivização que os identifica como metaindividuais ou de terceira dimensão. (2010, p. 44)

Nesta perspectiva de preocupação dos Estados com a questão da degradação ambiental, surge a Declaração de Princípios da Conferência de Estocolmo, dispondo em seu princípio 19 o primeiro texto acerca da educação ambiental:

É indispensável um esforço para a educação em questões ambientais, dirigida tanto às gerações jovens como aos adultos e que preste a devida atenção ao setor da população menos privilegiado, para fundamentar as bases de uma opinião pública bem informada, e de uma conduta dos indivíduos, das empresas e das coletividades inspirada no sentido de sua responsabilidade sobre a proteção e melhoramento do meio ambiente em toda sua dimensão humana. É igualmente essencial que os meios de comunicação de massas evitem contribuir para a deterioração do meio ambiente humano e, ao contrário, difundam informação de caráter educativo sobre a necessidade de protegê-lo e melhorá-lo, a fim de que o homem possa desenvolver-se em todos os aspectos. (ONU, 1972)

Portanto, a educação ambiental não se estagnou na declaração acima mencionada, se expandido para outras declarações diante da sua importância e destaque. Assim, a Carta de Belgrado, realizada na Conferência de Belgrado em 1975, formulou novos princípios e orientações envolvendo a temática para nortear o Programa Internacional de Educação Ambiental – PIEA (IEEP). Desta forma, o referido documento foi relevante ao traçar a necessidade de uma nova ética global como forma de concretização, isto é, efetivação aos programas que tutelam o meio ambiente:

Nós necessitamos de uma nova ética global – uma ética que promova atitudes e comportamentos para os indivíduos e sociedades, que sejam consonantes com o lugar da humanidade dentro da biosfera; que reconheça e responda, com sensibilidade, às complexas e dinâmicas relações entre a humanidade e a natureza e entre os povos. Mudanças significativas devem ocorrer em todas as nações do mundo, para assegurar o tipo de desenvolvimento racional que será orientado por essa nova ideia global – mudanças que serão direcionadas para uma distribuição equitativa dos recursos da Terra, e atender mais às necessidades dos povos. (DIAS, 2004, p. 102) (grifo do autor)

Nesta linha de pensamento, observa-se que a ética tradicional é reconfigurada. Não mais se estabelece a relação ética entre dois indivíduos, mas sim sua extensão para a participação da natureza como sujeito indispensável para que a vida ocorra, devendo os seres humanos adotarem tal perspectiva para uma proteção ambiental efetiva (PADILHA, 2010, p. 427).

Já a Primeira Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental realizada

em Tblisi em 1977, deu-se uma perspectiva ainda maior nas questões educacionais do meio ambiente. Através da elaboração da Declaração dessa Conferência, foi possível inserir Recomendações que abordam as estratégias entre os Estados que a aderirem, de forma a refletir no modo em que a educação ambiental será implementada nos seus ambientes estudantis. Para isto, a Recomendação n. 17 deve ser abordada como um dos eixos fundamentais do documento, pois discute a introdução de um instrumento inovador de ensino no sistema educacional que, através dos professores, deve ser efetivada:

Recomendação nº 17. Considerando a necessidade de que todo o pessoal docente compreenda que é preciso conceder um lugar importante em seus cursos à temática ambiental, recomenda que se incorpore nos programas o estudo das ciências ambientais e da educação ambiental. (DIAS, 2004, p. 132)

Não obstante, também vieram a serem realizados outros eventos que enriqueceram para o direito internacional do meio ambiente, como o em 1979 na Costa Rica, onde se realizou o Seminário sobre Educação Ambiental, bem como em 1987 em Moscou, onde houve o Congresso Internacional sobre Educação e Formação Ambientais, e em 1988 na Argentina, local em que foi elaborado o Seminário Latino-Americano de Educação Ambiental.

Obviamente que a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, RIO - 92, também atuou na temática aqui abordada. Contudo, a RIO - 92 não se relacionou diretamente a questão da educação ambiental como forma de realçar sua importância diante dos Estados, não mencionando em nenhum momento na sua Declaração de Princípios. Porém, a Declaração aborda a questão de acesso às informações de cunho ambiental, o que interliga a questão da educação informativa, presente inclusive no texto da vigente Política Nacional de Educação Ambiental brasileira. Neste contexto, expõe o Princípio 10 da Declaração:

Princípio 10. A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos. (ONU, 1992)

Não só da Declaração se valeu a RIO - 92, pois esta também incluiu dentro da sua programação a criação da Agenda 21, que nada mais é do que um plano de ação coletivo, visando os impactos e as atitudes que deveriam ser tomadas em plano global, nacional e local por todos. Assim, foi na Agenda 21 que a educação ambiental se tornou mais substancial quando Dias (2004, p. 172) aduz “[...] um programa de ação de oitocentas páginas, não

restringe a EA à Seção IV. A EA está presente em quase todos os 39 capítulos do documento, provendo ações até o século XXI”.

II – A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 E SUA RELAÇÃO COM A EDUCAÇÃO AMBIENTAL

Por mais que pareça estranha e incompatível essa relação entre o texto constitucional e normas de caráter socioambiental, a Magna Carta de 1988 consegue dar um passo importantíssimo em uma matéria até então inovadora nas Cartas Constitucionais. Ora, é de se pensar, conforme um entendimento mais tradicional, que as constituições não deveriam versar sobre questões que fogem da organização e estruturação do Estado, direitos fundamentais e limitação do governo perante os cidadãos.

Entretanto, essa visão foi sofrendo modificações tanto por causa da evolução dos direitos como também das características de cada local em que se é promulgada. Isto é, a economia, a história, a cultura, as necessidades sociais e, hoje em um cenário contemporâneo, as questões ambientais influenciam no empenho do constituinte na elaboração de normas que possam atender os interesses do seu Estado.

É nessa perspectiva que se insere o inciso VI, § 1º, do artigo 225, da Constituição Federal de 1988, o princípio da educação ambiental. O texto não é inovador neste sentido no ordenamento jurídico brasileiro, pois a Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6.938/81, já alicerçava a educação ambiental como princípio de sua regulamentação através do artigo 2º, inciso X.

Porém, a Lei Maior consegue elevar não apenas a educação ambiental em um patamar importantíssimo, mas também a questão da tutela ambiental, expressando o seu caráter fundamental na organização do Estado brasileiro. Isto alimenta o ideal de que é indispensável dar conhecimento e informação para a população, ainda mais se tratando, o meio ambiente, de um direito difuso, afetando a todos de forma indeterminada, ou seja, sem condição de dimensionar o que um possível dano ambiental possa originar. Nesta esteira, afirma Padilha:

Vislumbra-se no *caput* do art. 225 da Constituição Brasileira, o texto-base de todo o sistema de proteção constitucional do meio ambiente, além da influência da abordagem do Direito Internacional do Meio Ambiente, dada a questão ambiental global, o estabelecimento de um marco para o Direito Constitucional Ambiental brasileiro, ao proclamar, de forma inédita, em um texto constitucional nacional, e dentre as constituições pioneiras em tão importante iniciativa, o “*direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*”, enquanto um direito de terceira dimensão, de titularidade humanitária e implementação solidária. (2010, p. 157) (grifo da autora)

Ora, o que se extrai do texto da Constituição é a ideia de empoderamento do cidadão para que este possa definir os rumos que lhe achar mais conveniente para a nação caminhar. A força da Constituição está no povo e não nela própria. É o que propõe Bercovici:

Não há, ainda, constituição sem Estado. O Estado constitucional conserva a estrutura básica do Estado monárquico que o antecede, acrescentando a legitimação democrática do poder político, com a soberania constituinte do povo [...] A constituição, na realidade, não estabelece um Estado, mas propõe a realização de um modelo de Estado. (2013, p. 19)

É essa visão de Bercovici que chama atenção: a capacidade do indivíduo poder expressar o que melhor agrada seus interesses. É nítido que a atual Carta Magna do Brasil sustenta tais possibilidades em sua estrutura através de diversos mecanismos de participação popular, isto é, possibilitando um ideal democrático, tornando-se fundamental, conforme o entendimento de Alves:

Por isso, a democracia na contemporaneidade assume a dupla função de legitimar constitucionalmente os direitos fundamentais, na medida em que ela se identifica com a própria substância da Constituição e do Estado (democrático) de direito, e de constituir-se em direito fundamental, já que a maioria dos sistemas constitucionais ocidentais contemporâneos prevê expressamente formas de participação popular, para além dos mecanismos clássicos de representação política. (2013, p. 25)

E complementa ao demonstrar o fator substancial que a democracia brasileira possui estampada no corpo jurídico da Constituição Federal:

[...] como é o caso das cláusulas pétreas e limitações ao legislador, separação de poderes, jurisdição constitucional e participação popular, entre outros, de como que Carl Schmitt chegou a considerar as garantias institucionais como a condição de possibilidade dos direitos fundamentais. (ALVES, 2013, p. 36)

Estes mecanismos, adentrando na seara do direito ambiental, são exaustivamente executados com o fim de conter um desenvolvimento sem limites da degradação do meio ambiente. Veja-se, como exemplo, a possibilidade de ajuizar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade com intuito de extirpar do ordenamento jurídico pátrio uma lei que contrarie a proteção socioambiental estipulada pela Constituição Federal (FACHIN, 2015, p. 158). Isto ocorreu em 2016 no caso em que o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI 4983, verificando a constitucionalidade da Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a prática da Vaquejada. Apesar do polo ativo da ADI não poder ser composto por qualquer pessoa, verifica-se que na realidade há possibilidade de ser exercido indiretamente, como por exemplo Presidente da República, Mesas do Senado e Câmara dos Deputados e etc, bem como poderia ser exercido pela via difusa por qualquer indivíduo, chegando-se a ação até a Corte Suprema através de um Recurso Extraordinário. Todavia, o que se destaca no desenrolar do processo e posterior julgamento foram os debates, tanto na imprensa quanto entre os populares. Isto demarca o grau de conscientização na sociedade brasileira. Obviamente que,

nas regiões norte e nordeste houve considerável comoção em prol da cultura da vaquejada estabelecida há séculos na região, enquanto que em outras regiões já se pode identificar certas rupturas culturais em favor da proteção dos animais quanto aos maus-tratos.

Por outro lado, enfatize-se a constante realização das audiências públicas no Brasil, sendo-as expressamente previstas no artigo 58, § 2º, inciso II, da Constituição Federal de 1988 como meio direto de participação popular em meio a um processo legislativo através dos cidadãos pessoalmente presentes ou de organizações sociais que representam os interesses de uma determinada coletividade. Neste aspecto, salienta Alves:

Conceitualmente, a audiência pública é uma espécie de participação funcional, coletiva e direta dos cidadãos nos processos de deliberação do poder público, em sentido lato. É funcional, visto que consiste na atuação cidadã fora do aparato da administração pública, mas em atividade materialmente pública, que se desenvolve com o auxílio ou concordância da própria administração; é coletiva porque envolve a atuação de uma pluralidade, que se reúne para uma pauta específica, que, depois de esgotada, perde o objeto, e isso distingue dos conselhos; é direta, visto que ordinariamente ela ocorre sem a intermediação de representantes eleitos. (2013, p. 213)

Em suma, o que ocorreu através das transformações que os textos constitucionais vieram sofrendo, através do tempo, e chegar à posição em que se encontra hoje se traduz em um sentimento de superação, ainda mais em um período pretérito ao da atual Constituição, quando as liberdades e garantias fundamentais dos indivíduos sofriam graves violações, conforme Carvalho:

Dado o golpe, os direitos civis e políticos foram duramente atingidos pelas medidas de repressão. Por essa razão, eles merecem atenção especial. Como era maior a mobilização em 1964 e como estavam mais desenvolvidos os meios de controle, a repressão política dos governos militares foi também mais extensa e mais violenta do que a do Estado Novo. Embora presente em todo o período, ela se concentrou em dois momentos: entre 1964 e 1965, e entre 1968 e 1974. (2016, p. 164)

Aponta-se um aspecto crucial de como o direito se relaciona de forma harmônica: se a sociedade tivesse, hodiernamente, a série de atos praticados durante o último período de ditadura militar, com certeza os atos influenciariam na questão da educação ambiental, pois esta está umbilicalmente interligada em como o indivíduo se relaciona com a sociedade e a natureza. Ora, se o indivíduo perde seu poder político, como os seus interesses seriam implantados? A falta de legitimidade política impõe uma barreira que restringe a verdadeira função da lei em um Estado Democrático de Direito e, de conseguinte, vicia na forma em que os instrumentos de participação popular são aplicados.

III – A POLÍTICA NACIONAL DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA SOB UMA PERSPECTIVA CRÍTICA

Antes de se aprofundar no texto esculpido na lei que regulamenta a educação ambiental no Brasil, é imprescindível esculpir a política pública que a envolve. Desta forma, conforme entende BUCCI (2006a, p. 241), são políticas públicas os “[...] 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”. Isto é, o objeto da política se consubstancia em um programa ou quadro de ação de ordem pública em que o governo direciona, adotando-se medidas coordenadas em uma determinada direção com fim de efetivar um bem jurídico (BUCCI, 2006b, p. 14).

Através de um olhar em segundo plano, também é possível visualizar a política pública sob uma perspectiva que vai além de um mero plano de ação governamental como foi destrinchado acima. Assim, percebe-se a política pública como um indicador democrático de um determinado Estado, pois desde a forma em que se possibilita a participação popular na sua criação até o seu momento de pós-implementação, a política pública promove a incitação social daqueles que o objeto da ação incidirá. Na verdade, há uma verdadeira abertura no sentido de disponibilizar uma participação direta do indivíduo quanto às questões que lhe afetam. Neste sentido, Palumbo contribui:

Frequentemente, as políticas lidam com problemas difíceis que ameaçam nossa saúde (tais como o descarte de detritos tóxicos) e nossa sobrevivência (como a guerra nuclear). A política pública permite que compreendamos quem recebe os benefícios da atividade governamental e como. Finalmente, o estudo da política pública nos capacita a determinar o quão bem os ideais da democracia são mantidos em uma sociedade complexa tão dependente de burocracias públicas. (1998, p. 41)

E complementa demonstrando como algumas políticas públicas estão presentes no nosso dia a dia de modo quase imperceptível sob a óptica que vem sendo delineada neste trabalho:

Os veículos que usamos para chegar ao trabalho são licenciados por agências do governo e as ruas que percorremos são providas por agências governamentais. A maior parte de nossos filhos freqüentam uma escola pública, recebem refeições fornecidas pelo governo, ou ficam em creches regulamentadas pelo governo. Muitas dessas atividades do governo foram realizadas em resposta a problemas que requerem ações coletivas, e que tem como objetivo a melhoria de nossa saúde e segurança. Em muitos casos, nossas vidas são melhores por causa dessas políticas, que freqüentemente passam despercebidas. [sic] (PALUMBO, 1998, p. 42)

Uma política pública não pode ser concebida apenas como um mandamento governamental ou legislativo, isto porque uma política pública possui ciclos de formação até sua implementação, sendo-os: a) organização da agenda – momento em que se insere a questão-objeto da futura política pública diante de um organismo governamental; b) formulação – momento em que se discute o objeto da questão e é decidida sua viabilidade através de uma ação; c) implementação – momento em que transpõe o que fora decidido para

implementação através de uma agência administrativa; d) avaliação – momento em que se analisam os impactos da agência administrativa através da política e sua ligação com os indivíduos afetados; e) término da política – momento em que há a perda do apoio político que uma política pública pode sofrer por ser economicamente inviável, dificuldade ou insucesso no alcance de suas metas entre outras (PALUMBO, 1998, p. 49-51).

É interessante demonstrar que as políticas públicas surgem em um período onde a efetivação dos direitos necessita de um instrumento que possa lhe conferir concretização material. Talvez por isso os direitos de segunda dimensão (SARLET, 2015, p. 45) são entendidos como “direitos-meio”, conforme o entendimento de Bucci:

Já os direitos sociais, típicos do século XX, que aparecem nos textos normativos a partir da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar, de 1919 (entre nós, com a Constituição de 1934), são, se assim pode dizer, direitos-meio, isto é, direitos cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração. Como poderia, por exemplo, um analfabeto exercer plenamente o direito à livre manifestação do pensamento? Para que isso fosse possível é que se formulou e se positivou nos textos constitucionais e nas declarações internacionais o direito à educação. (BUCCI, 2006b, p. 3)

Adentrando no cerne da Política Nacional de Educação Ambiental – PNEA como uma política pública insculpida no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário identificar se a mesma é uma política de Estado ou de Governo. Assim, por possuir uma característica de se estabelecer de forma mediata e menos flexível de alterações através do transcorrer do tempo e sua incorporação no texto constitucional, é possível qualificar a PNEA como uma política de Estado, pois as de governo podem ser retiradas à livre escolha do gestor empossado, sendo mais flexível de alterações (BUCCI, 2006b, p. 19).

É possível observar todo um aparato para que a Educação Ambiental seja assegurada, tanto no plano internacional com a criação de documentos que protegem e cria os primeiros traços de um princípio fundamental do direito ambiental, quanto no plano nacional na inclusão expressa do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 e posterior criação de uma política pública enrijecida por uma Lei Federal.

A conceituação da PNEA, encontrado no texto da Lei nº 9.795/99, inicia dizendo o seu intuito de forma clara e objetiva:

Art. 1º. Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade. (BRASIL, 1999)

Todavia, apenas no artigo 2º que a PNEA demonstra seu perfil democrático, abrangendo todos os indivíduos independentemente da área do saber: “Art. 2º. A educação

ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não formal”.

Assim, elevam-se duas modalidades de ensino ambiental:

Muito embora possua um conteúdo bastante específico, a educação ambiental é considerada parte integrante da educação nacional e, portanto, deve estar presente em todos os níveis e em todas as modalidades do processo educativo, seja ele formal, seja não formal. Percebe-se, portanto, que a educação ambiental não é um processo restrito às instituições de ensino públicas ou privadas (educação ambiental no ensino formal), mas também engloba as ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente (educação ambiental não formal). (FERREIRA, 2012, p. 286)

Porém, sob uma perspectiva contemporânea, há algo mais a ser destrinchado. Na verdade, outros aspectos foram sendo atribuídos à educação ambiental, buscando finalidades além da tutela ambiental, mas também de transformação da educação tradicional aplicada no ambiente de ensino. É que expõe Loureiro acerca da busca por uma educação com vertente transformadora ao indivíduo:

Concluo, desse modo, que a educação ambiental está longe de ser somente uma ampliação de finalidades e metodologias pedagógicas no tratamento da categoria “conservação da natureza”, aproximando-se de se definir como um paradigma da educação, um componente questionador e propositor na construção da educação para além dos seus limites nas sociedades contemporâneas. (2002, p. 75)

Ora, o que se deseja na educação ambiental transformadora é dar alma ao corpo jurídico delineado, isto é, construir cidadãos que se prontifiquem em atuar não apenas em prol das questões ambientais, mas na forma como a educação e seus direitos são instituídos. São nestas bases que são assentados os ideais de uma cidadania proativa entre os indivíduos de uma determinada sociedade. O sujeito-fim do objeto da PNEA é, conseqüentemente, o mesmo que a criou, estruturou e implementou de forma direta e ativa, fomentando todos os seus interesses e direcionando a um cumprimento tanto por parte da população quanto do Estado. Desta forma, Loureiro esboça o âmago de uma educação ambiental transformadora:

A Educação Ambiental Transformadora enfatiza a educação enquanto processo permanente, cotidiano e coletivo pelo qual agimos e refletimos, transformando a realidade de vida. Está focada nas pedagogias problematizadoras do concreto vivido, no reconhecimento das diferentes necessidades, interesses e modos de relações na natureza que definem os grupos sociais e o “lugar” ocupado por estes em sociedade, como meio para se buscar novas sínteses que indiquem caminhos democráticos, sustentáveis e justos para todos. Baseia-se no princípio de que as certezas são relativas; na crítica e autocrítica constante e na ação política como forma de se estabelecer movimentos emancipatórios e de transformação social que possibilitem o estabelecimento de novos patamares de relações na natureza. (2002, p. 81)

Outra característica conferida à Educação Ambiental foi o seu aspecto de direito fundamental conferido pela Magna Carta de 1988. Ora, seria conflituoso argumentar que, por

a norma ambiental não estar inserida no artigo 5º, não poder ser de caráter fundamental, uma vez que, sem a conscientização socioambiental adquirido nas últimas décadas, as demais normas careceriam de plenitude em sua efetivação. Isto pode ser exemplificado quando temos um direito crucial como o direito à vida, estipulado no *caput* do artigo 5º, que fica vulnerável à todas as formas de poluições, degradações e demais catástrofes provocadas pela ação humana e seu império econômico sem nenhuma regulamentação impeditiva dessas condutas. É o que expõe Silva (2012, p. 851), “As normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente”.

Portanto, a Educação Ambiental assume papel importantíssimo em conceder a todos uma informação acerca daquilo que está sendo posto em prática, conferindo a possibilidade de tentar impedimento daqueles que se sentirem ameaçados. É nesta linha de pensamento que Milaré (2013, p. 931) diz, “Assim, a Educação Ambiental passa a constituir um direito do cidadão, assemelhando aos direitos fundamentais, porquanto estreitamente ligado aos direitos e deveres constitucionais da cidadania”. O quê se evidencia está além do texto literal do ordenamento jurídico, mas sim o real sentido de uma educação ambiental que irradia efeitos distintos onde se implementa, acompanhando o aspecto difuso dos direitos transindividuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta de Educação Ambiental sob um enfoque contemporâneo já demonstra uma elevada densidade teórica das áreas do saber que podem iluminar a influência histórica, social, econômica, legislativa entre outras que vem ocorrendo desde a sua criação. Por outro lado, o empoderamento do indivíduo, isto é, a concessão de mecanismos para que o sujeito possa defender, demonstrar e aplicar seus interesses, demonstra o grau democrático que a sociedade vivencia, bem como suas implicações.

Além de tudo o que a pesquisa demonstrou no seu desenrolar, há um aspecto singular que a PNEA realça em sua amplitude, qual seja o de envolver a coletividade na sua participação e, posteriormente, reverter isto para a própria coletividade. Obviamente que há estipulações em suas conduções, como estabelece o artigo 14 e seguintes no que se refere a um órgão gestor, porém o que se impõe é o traço de que a coletividade conduz, incrementa e coloca em prática a política pública. Há uma verdadeira quebra de paradigma entre as demais políticas públicas instituídas em um modelo que o Estado é o protagonista ou, pelo menos, determinante do que lhe interessa e a PNEA, que confere ao indivíduo sua direção.

Por outro lado, em um plano estritamente jurídico, a Educação Ambiental fornece a

base necessária para todos os direitos em geral, sobretudo àqueles de matéria ambiental, conscientizando a todos sobre a situação caótica que o Planeta se encontra de exploração e degradação do meio ambiente. Não há como efetivar os princípios basilares de uma formação cidadã em prol da proteção socioambiental sem que a ética tradicional seja remodelada para um aspecto que englobe o desenvolvimento sustentável, abrangendo tanto os meios de produção que fornecem bens de consumo para os seres humanos quanto uma proteção do meio ambiente de forma a não prejudicar o *habitat* de várias espécies e desestabilizando a natureza.

Por fim, a articulação entre a participação popular, o direito ambiental e as políticas públicas envolveram uma síntese que pode ser, consecutivamente, a resolução de uma problemática que envolve falta de legitimação, descuido com os direitos emergentes e inefetividade de medidas estatais frente aos direitos instituídos. Todavia, apenas com o empoderamento do indivíduo que se poderá realmente estipular os novos caminhos e formas que complementarão as lacunas que o sistema contemporâneo não conseguir suprimir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

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

_____. **Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9795.htm>. Acesso em: 25 de jun. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006a.

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

CARVALHO, Isabel Cristina de Moura. Educação ambiental crítica: nomes e endereçamentos da educação. In: **Identidades da educação ambiental brasileira**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2004.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 22. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

- GRÜN, M. "Gadamer and the otherness of nature: philosophical foundations for environmental education. University of Western Australia, 2002. Disponível em: <<http://www.uwa.edu.au>>. Acesso em: 21 de jun. 2017.
- _____. A outridade da natureza na educação ambiental. Texto apresentado na Reunião Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação em Educação em outubro de 2003.
- DIAS, Genebaldo Freire. **Educação ambiental: princípios e práticas**. 9. ed. São Paulo: Gaia, 2004.
- FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 7. ed, rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- FERREIRA, Heline Sivini. Política Ambiental Constitucional. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- HUCKLE, John. Environmental education and sustainability: A view from critical theory. **Environmental education: A pathway to sustainability**, p. 43-68, 1993.
- LOUREIRO, Carlos Frederico Bernardo. Educação ambiental transformadora. In: **Identidades da educação ambiental brasileira**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2004.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 8. ed. rev., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 8. ed. rev., atual. e ref. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- ONU. **Declaração da Conferência das Nações Unidas no Ambiente Humano**. 1972. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: 10 de jun. 2017.
- _____. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 10 de jun. 2017.
- PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- PALMER, Joy. **Environmental education in the 21st century: Theory, practice, progress and promise**. Routledge, 2002.
- PALUMBO, Dennis J. Abordagem de Política Pública para o Desenvolvimento Político na América. In: SOUZA, Eda C. B. Machado de (org.). **A avaliação e a Formulação de Políticas Públicas em Educação: Leituras Complementares**. Brasília: MEC/UNB, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos**

direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

A EXTRAFISCALIDADE DA LEI ROUANET: OS INCENTIVOS FISCAIS COMO CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À CULTURA

Bárbara FERNANDES¹

RESUMO

Tendo em vista a ampliação das políticas culturais, o Estado busca se valer de incentivos fiscais através de leis que regulam os recursos advindos dos benefícios tributários. Com isso, tais benefícios funcionam como financiamentos culturais que, tendo em vista a arrecadação de receitas, acabam por se tornar o principal plano estatal como política pública para o setor cultural. Fato é que tais leis, atualmente a Lei Rouanet, tem seus valores invertidos face ao marketing empresarial e a atuação da indústria cultural que, com vistas à produção cultural em massa e à lucratividade, descaracterizam o conceito social, histórico e antropológico de cultura e o reconstrói no sentido de lhe atribuir valores mercadológicos. Diante disso, através de uma pesquisa qualitativa e com o método dedutivo, busca-se compreender a relação entre os incentivos fiscais e a transformação da cultura em um fator mercadológico. Nesse sentido, o objetivo da pesquisa é estabelecer a relação entre a distribuição de recursos advindos dos benefícios fiscais e a imposição do mercado de uma cultura massificada que se adequa às contingências mercadológicas.

PALAVRA-CHAVE: Incentivos fiscais. Lei Rouanet. Extrafiscalidade. Democracia cultural.

ABSTRACT

Due to the expansion of cultural policies, the State seeks to use tax incentives through laws that regulate the resources derived from tribute benefits. Thereby, such benefits works as a cultural financing that, due to the tax revenues, becomes the main public policy strategy for the cultural sector. It is certain that these laws, currently the Rouanet Law, have their values inverted because of the business marketing and the performance of the cultural industry, that, aiming at the mass cultural production and the profits generation, deprive the social, historical and anthropological concept of culture and reconstructs them by assigning market values. Therefore, through a qualitative research and with the deductive method, we try to understand the relationship between tax incentives and the transformation of culture into a marketing factor. Therefore, the objective of the research is to set the relation between the distribution of resources derived from tax benefits and the imposition of a mass culture by the market that is adapted to its contingencies, transforming the democracy of the culture and verticalizing the cultural policies.

KEY-WORDS: Tax incentives. Rouanet Law. Extrafiscality. Cultural democracy.

INTRODUÇÃO

Povos, nações e etnias. É assim que se estabelece a sociedade, com maneiras divergentes de se autoafirmar como pertencente a determinado grupo social. O indivíduo em sociedade busca o reconhecimento de sua identidade e história dentro de um grupo, e a cultura atua como fator social nessa busca.

1 Estudante de Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Estagia atualmente na Prefeitura Municipal de Bernardino de Campos (SP) na área de Dívida Ativa.

Tendo em vista o aspecto da diversidade, o multiculturalismo atua como sua consequência imediata, e a atividade das redes de comunicação e de globalização torna o conhecimento de diferentes culturas mais extensivo. Malgrado isto, o acesso e o contato à cultura podem não se apresentar de modo abrangente, em que a produção e a distribuição de bens culturais não se fazem de modo efetivo.

Desse modo, permite-se a percepção da existência e da presença de diversos tipos de representações culturais, permite-se que o indivíduo conheça e se identifique com elas, mas o acesso, a disponibilidade e a convivência com tais representações não atingem certos setores sociais, o que faz com que a cultura se limite a certas esferas, implicando na necessidade de elaboração e atuação das políticas públicas culturais como forma de democratização.

A cultura, sendo um direito constitucionalmente tutelado, ocasiona ao Estado o encargo de garantir seu acesso, do mesmo modo como deve apoiar e incentivar a universalização das representações e manifestações culturais. À vista disso, a atuação das políticas culturais se mostra indispensável, mas o maior impasse à sua efetividade é no tocante ao orçamento estatal, que não é suficiente para a autossustentabilidade das produções culturais, particularmente em relação às de pequeno porte, que carecem de maiores incentivos.

Haja vista a necessidade de tais incentivos, o Estado se recorre à criação de leis de incentivo fiscal, onde há assistência na produção cultural tidas como auxílio financeiro, visto que há a interferência da iniciativa privada como forma de financiamento cultural.

Assim sendo, o que se busca com o tema é asseverar a importância das políticas públicas e dos incentivos fiscais para o acesso à cultura, que estabelece a cada sujeito o direito de igualdade e a constatação de que o direito à diferença é o prolongamento do direito à liberdade de pensamento e de consciência, garantindo-se os direitos sociais.

A principal lei dentre elas é a Lei Rouanet, utilizada pelo Estado para desempenhar sua função de garantir o exercício do direito cultural.

Para tanto, utilizou-se dos ensinamentos de Zygmunt Bauman e Marilena Chauí no intuito de se entender o conceito e a função da cultura como fator de desenvolvimento identitário do indivíduo em sociedade, o que faz com que a cultura seja um direito social constitucionalmente garantido.

1. CULTURA: VÁRIOS CONCEITOS, UM DIREITO

1.1 Os Conceitos

Para o conceito de cultura, necessária é a referência quanto à sua evolução social e

histórica, que influencia demasiado para a sua complexa conceituação, demonstrando, por conseguinte, o seu carácter de direito fundamental.

Extraíndo sua definição do Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, cultura é a arte e o modo de cultivar, sendo o conjunto de operações necessárias para o cultivo da terra, podendo ser, em uma larga conceituação, o saber, o estudo e a instrução.

A alternância de significados e conteúdos, porém, não é algo imotivado. Tal variação é tomada por um carácter histórico e social que reflete a realidade das inconstâncias pelas quais passou a sociedade, que deu ao conceito de cultura uma natureza multidisciplinar, principalmente no tocante à história, à sociologia e à antropologia.

Em uma conceituação antropológica, Taylor (apud LARAIA, 2001, p. 26), ensina que cultura é “todo aquele complexo que inclui o conhecimento, as crenças, a arte, a moral, a lei, os costumes e todos os outros hábitos e capacidades adquiridos pelo homem como membro da sociedade”.

Continua o autor ao dizer que a cultura se constrói a partir das vivências do indivíduo em sociedade, não sendo, pois, um dado biológico. De acordo com o meio em que se relaciona o homem adquire crenças, conhecimentos, moral e costumes, ficando a conceituação de cultura, nesse sentido, ampliada significativamente.

Por outro lado, histórica e socialmente a cultura, segundo Bauman (2013), foi se conceituando evolutivamente. Referindo-se à noção de agricultura e de lavoura, cultura se concentrava, principalmente, na ação de arar a terra infértil para que, através do seu manuseio, o homem a enriquecesse com o plantio.

Constata-se sociologicamente que a cultura da terra trazia ao homem o enobrecimento que ele não poderia conquistar através dos conhecimentos restritivamente adquiridos pelos homens da alta sociedade. Cultivando a terra, o indivíduo não instruído com os saberes das ciências, da arte e da literatura alcançava o conhecimento necessário para o cultivo da terra, que lhe concederia a habilidade necessária para seu sustento. Ou seja, seu enobrecimento viria com o reconhecimento de seus esforços despendidos.

Ainda, no século XVIII, a compreensão de cultura era carregada de uma significação iluminista, segundo a qual seria através da cultura que se poderia educar as massas na busca da civilização da sociedade. Assim, seria a partir da aproximação do povo com os refinamentos da elite que se obteria uma civilização culta (BAUMAN, 2013).

O propósito iluminista foi o de se valer da classe instruída para cultivar as massas. A elite intelectual distribuiria conhecimentos para tornar o povo esclarecido a fim de que se construísse uma nação.

Vê-se, nesse sentido, que a concepção de cultura passou a significar civilidade, em que a pretensão da burguesia era livrar a sociedade da barbárie para encontrar o esclarecimento, a luz do saber e da boa convivência. O desenvolvimento do mundo moderno se daria com a elite culta – portanto civilizada – cumprindo seu papel na função de cultivadores (BAUMAN, 2013).

Continua o autor ao dizer que o se teve foi a transformação do povo em um corpo cívico que, por conseguinte, formava e fortalecida a nação. Cultura, então, passa ser a formação de valores, costumes e moral constantes em determinado Estado-nação. Sem necessidade de cruzadas ou missões para o estabelecimento de território e hegemonia, o intuito agora seria o de espalhar a cultura, a cultura nacional.

Porém, Bauman (2013, p. 18) completa que a cultura:

Logo perdeu a função de serva de uma hierarquia social que se reproduz em si mesma. Uma a uma, as tarefas de que a cultura até então se incumbia deixaram de ter importância; elas foram abandonadas ou passaram a ser realizadas de outras maneiras e com ferramentas diversas. Liberada das obrigações impostas por seus criadores e operadores [...], a cultura agora é capaz de se concentrar em atender às necessidades dos indivíduos, resolver problemas e conflitos individuais com os desafios e problemas da vida das pessoas.

Com isso, Bauman afirma que a cultura deixa de ser a manifestação da nação para se concentrar na pessoa do indivíduo, que detém sua própria moral, seus próprios costumes e seus próprios valores. Assim, considerando o caráter de diversidade cultural que a pós-modernidade passa a apresentar, o autor afirma que a cultura deixa de representar uma nação para se tornar líquida, se ajustando às liberdades individuais e se distanciando dos paradigmas estabelecidos pelo Estado.

O autor ainda completa ao dizer que, hodiernamente, a cultura se amolda à lei da oferta e da procura, que contribui para que o indivíduo em sociedade se legitime na identificação de sua própria cultura.

Portanto, isso faz da sociedade pós-moderna uma consumidora de cultura, que adapta-se às várias tendências e interesses e flexiona-se de acordo com as predileções culturais. Inexiste gradação cultural, inexistem níveis ou classificações que tornem certos tipos culturais mais palatáveis que outros, mais superiores que outros. O que existe é a oportunidade de o indivíduo consumir o que deseja e aquilo em que se reconhece. Ou seja, a cultura hoje não tem a pretensão de servir de esclarecimentos ou instruir a população, mas de ser consumida, e isso tudo em decorrência da globalização.

Com a globalização, Chauí (2009), ensina que é com base na busca pela identidade que os indivíduos, como seres sociais e como cidadãos, têm a garantia do direito à cultura,

que passa a ter um papel antropológico de construção da identidade, da religião, da sexualidade, das formas de habitação, de moradia, de culinária, das expressões musicais, das danças, ou seja, das vivências.

Por conseguinte, cria-se uma rede de expressões culturais, chamada de multiculturalidade que, de certo modo, acaba por estratificar a sociedade, ou seja, surgem, em contrapartida, as divisões de classe, com a sedimentação cultural. Há uma cultura dominante e uma dominada, opressora e oprimida, de elite e popular.

Assim:

Seja qual for o termo empregado, o que se evidencia é um corte no interior da cultura entre aquilo que se convencionou chamar de *cultura formal*, ou seja, a cultura letrada, e a *cultura popular*, que corre espontaneamente nos veios da sociedade (grifo do autor) (CHAUÍ, 2009, p. 32).

Modernamente, o que se tem com a globalização é a cultura como modo de consumo, que se caracteriza como um bem sujeito aos valores do mercado. Desse modo, tem-se a ilusão de que a cultura está à disposição de todos, apresentando-se como um bem ao acesso livre e imoderado. Não há mais apreciadores de cultura, de arte, mas há consumidores.

Entretanto, Chauí (2009) continua dizendo que massificar não é o mesmo que democratizar, mas é a negação da democratização. O direito à cultura, à identidade e ao reconhecimento das formas de expressão é condicionado a fatores mercadológicos que satisfazem valores que não se restringem ao caráter histórico e social que é inerente à cultura.

A cultura, então, é apresentada como mercadoria, e é consumida como um produto manifestamente mensurável e apreciável, vazio de conteúdo, o que desintegra o seu fim essencial de ser a manifestação dos variáveis grupos sociais e de trazer significados e valores àqueles que buscam sua identidade através dela.

Sendo assim, Chauí (2009, p. 48) lança a seguinte indagação e responde:

Se o Estado não é produtor de cultura nem instrumento para seu consumo, que relação pode ele ter com ela? Pode concebê-la como um *direito do cidadão* e, assim, assegurar às pessoas o direito de acesso às obras culturais produzidas, particularmente o direito de fruí-las, de criar as obras, ou seja, produzi-las, e o de participar das decisões sobre políticas culturais. (grifo do autor).

Diante disso, o Estado tem o papel primordial de conservar a diversidade cultural, ou seja, a multiculturalidade, entregando aos indivíduos a oportunidade de acesso a todas as formas de representação cultural para que, como cidadãos, possam encontrar sua identidade cultural, que lhe dá a noção de pertencimento a um grupo social. Seu papel, nesse sentido, é o de elevar a cultura ao patamar da democracia, intervindo suficientemente para que a cultura possa ser pensada como direito humano inerente a todo ser humano.

1.2 O Direito

Os direitos culturais, pelo caráter de construção da cidadania do indivíduo em sociedade, como já salientado, mostram-se conexos com a dignidade humana, pela razão de que é através da cultura que este indivíduo constrói sua identidade social. Em vista primordialmente deste fator é que a cultura se incorpora no conjunto dos direitos humanos. Os direitos culturais, por conseguinte, atuam na formação do cidadão e influenciam em sua liberdade de expressão e de pensamento, traduzindo como livre acesso à informação cultural e construindo uma rede de proteção contra a opressão e desigualdade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos eleva, assim, o direito à cultura ao status de direito humano em seu artigo 27, onde diz que “Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do processo científico e de seus benefícios”.

A liberdade do indivíduo quanto ao acesso à cultura, assim como a liberdade de participar das atividades culturais nas quais se reconhece, estabelece o direito à cultura como aquele que dá condições para as práticas culturais por onde o indivíduo vê o mundo e abstrai a noção de vida, de vivência.

Apesar de os direitos culturais se balizarem universalmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, Leonardo Brant (2009, p. 13) afirma que:

A origem do direito à identidade cultural ou à proteção do patrimônio cultural situa-se historicamente, nos movimentos revolucionários da Inglaterra (1688) e particularmente da França (1789). Foi a partir dessas revoluções que nasceram as primeiras leis de proteção ao patrimônio histórico e artístico, os primeiros museus públicos, bibliotecas, teatros e arquivos nacionais, além de conservatórios de arte e ofícios.

A pretensão era corporalizar os novos valores ligados à nação, ao Estado e ao povo, centralizando-os dentro dos Estados nacionais. Como se vê, a noção de cultura estava intimamente ligada à expansão territorial protagonizada, principalmente, pelas nações europeias. Em vista disso, os direitos culturais se prendiam mais intimamente à proteção do patrimônio cultural e ao direito autoral, circundando o direito de propriedade (BRANT, 2009).

Os direitos culturais só se elevaram à categoria de direito humano universal a partir da Segunda Guerra Mundial com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e mais tarde com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em que as ocupações aos países causaram devastações aos seus patrimônios culturais por conta de saques. Com isso, seu conceito se estendeu no sentido de que cada Estado-nação seria responsável pela efetivação desses direitos como forma de garantir o multiculturalismo e combater qualquer sinal de totalitarismo cultural. Para se chegar à democratização cultural, os Estados deveriam

estruturar seu conjunto político-jurídico a fim de que os direitos culturais fossem verdadeiramente sólidos. Como meio para se chegar a essa concretização, a instituição de políticas culturais se fazia veementemente necessária, assim:

Para assegurar o exercício desses direitos, as nações signatárias do Pacto deveriam adotar, entre outras medidas, as necessárias para a conservação, desenvolvimento e divulgação da ciência e da cultura, além de respeitar a liberdade indispensável para a investigação científica e para a atividade criadora (BRANT, 2009, p.15).

Em 2001, a UNESCO, por sua preocupação com a proteção da diversidade cultural, adotou a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, afirmando seu compromisso com os direitos humanos ao considerar a difusão da cultura o fator primordial para o alcance da justiça, da liberdade e da paz, alegando em seu artigo 2º que o pluralismo cultural é intrínseco a um contexto social democrático, já que a diversificação das sociedades torna de grande valia a interação harmoniosa entre os grupos sociais.

Por conseguinte, é a partir de sua universalização que os Estados passaram a se empenhar na proteção e regulamentação nacional em relação à cultura, e que “as Constituições abriram um título especial para a ordem econômica, social, educação e cultura – o que se deu primeiro com a Constituição Mexicana de 1917 e depois com a Constituição de Weimar de 1919” (SILVA, 2001, p.39).

No Brasil, o conceito de cultura como um direito só foi convenientemente empregado com a Constituição Federal de 1988, em que o Estado tomou consciência da necessidade de ampla proteção aos direitos culturais, no sentido de reconhecer a imprescindibilidade da valorização e do acesso às manifestações culturais, marcando o período de redemocratização do País.

Assim, com a tutela do direito à cultura e o reconhecimento de que as manifestações culturais se concentram nos valores sociais construídos através da história do País, a Constituição de 1988, conceitua cultura como:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Fica desse modo juridicamente tutelado o direito à cultura que, segundo o art. 6º da Constituição de 1988, é um direito social e, como tal, demanda prestações positivas do

Estado, que assume um dever de agir perante a sociedade. Desta maneira, o direito à cultura ganha maior profundidade constitucional em que, segundo José Afonso da Silva (2014, p. 315):

A Constituição de 1988 deu relevante importância à *cultura*, tomado esse termo em sentido abrangente da formação educacional do povo, expressão criadora da pessoa e das projeções do espírito humano materializadas em suportes expressivos, portadores de referências 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 a V, 24, VII a IX, 30, IX, e 205 a 217), formando aquilo que se denomina *ordem constitucional da cultura*, ou *constituição cultural*, constituída pelo conjunto de normas que contêm referências culturais e disposições consubstanciadoras dos direitos sociais relativos à educação e à cultura (grifo do autor).

Logo mais, em um período marcado pela redemocratização do País, criou-se em 1985 o Ministério da Cultura (MinC) que até então atuava conjuntamente com a Educação, reconhecendo, desse modo, a autonomia do setor cultural. Nesse mesmo período, o presidente José Sarney finalmente fez concretizar seu projeto de lei que tratava acerca dos incentivos fiscais na produção cultural no Brasil, com o fim de trazer a este setor a essência desse direito social, qual seja, a democracia cultural. Com isso, o incentivo à cultura foi primeiramente tratado na Lei Sarney, a Lei 7.505/86, em que se visava a aprovação de projetos com o auxílio da iniciativa privada, que investia em projetos culturais e, conseqüentemente, era beneficiária de reduções fiscais.

A Lei Sarney, tendo um período curto de vigência, foi duramente criticada por não exigir uma aprovação técnica dos projetos culturais. Com isso, a criação da Lei Rouanet foi um importante passo para a proteção ao direito cultural, com uma maior formulação jurídica na esfera da legislação ordinária.

Assim:

Desta forma, para sanar os problemas da Lei Sarney, foi instituída a Lei Rouanet, [...], esta lei foi batizada com o nome de seu criador, Sérgio Paulo Rouanet, que por meio da lei 8.313/91, com atualização pela lei 9.874/99, criou o Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC) [...] [que] caracteriza-se como um programa que visa apoiar e direcionar os recursos para investimento em projetos culturais. (BERNARDO, 2012, p. 43).

A Lei Rouanet veio, então, para sanar os problemas constantes da Lei Sarney, principalmente no que toca à aprovação dos projetos culturais e os critérios para sua aprovação. Atuando como uma lei de incentivo fiscal, a Lei Rouanet acaba sendo tratada como uma política cultural, na tentativa de efetivar a responsabilidade do Estado frente à concretização do direito fundamental à cultura.

Os incentivos fiscais vindos com a Lei Rouanet têm, por conseguinte, um caráter de políticas pública na busca pela democracia cultural, sendo instrumento na busca pelo acesso e

liberdade de produção artística, dando oportunidade de expressão cultural a todas as classes sociais.

Nesse sentido:

O objetivo maior das políticas de democratização da cultura era assegurar a ampliação da distribuição dos bens culturais entre a população, criando condições de acesso desta às instituições e espaços públicos culturais, o que possibilitaria uma maior consciência crítica e estética por parte do público frequentador (LACERDA, 2010, p. 2).

As políticas culturais, tendo como pressuposto a democracia cultural, têm o condão de destacar a participação dos cidadãos na escolha e na definição das diretrizes acerca da cultura, mostrando-se como políticas participativas e representativas dos vários setores sociais, destacando maiores oportunidades para a realização das diversidades culturais.

Contemporaneamente, esse é o objetivo das políticas públicas, em que a promoção do acesso, fruição e produção culturais se concentram na necessidade de distribuí-la entre todos os cidadãos, trespassando o dirigismo governamental para envolver em suas práticas os atores privados, principalmente no que toca à questão orçamentária das políticas.

A Lei Rouanet, então, tem uma característica que lhe é intrínseca, qual seja, sua extrafiscalidade. Com o fim de trazer ao setor cultural a efetivação do direito cultural, a Lei n. 8.313/91 atribui benefícios fiscais para os contribuintes do Imposto de Renda que patrocinam projetos previamente aprovados pelo Ministério da Cultura sendo, pois, importante instrumento de acesso amplo à produção das mais diversas formas de expressão cultural.

2. A LEI ROUANET E SEU CARÁTER EXTRAFISCAL

O Estado, na busca pela democracia cultural e pela disponibilização do amplo acesso aos bens culturais, percebe que, devido ao escasso orçamento destinado ao setor cultural, necessita da parceria estabelecida com a iniciativa privada na estruturação de uma política cultural efetiva.

Foi depois da recriação do Ministério da Cultura pelo governo, em 1995, que se teve maior preocupação diante da dificuldade encontrada por artistas e produtores culturais em buscar maior sustentabilidade das produções simbólicas. A solução veio com a concessão de financiamentos privados, destacando a introdução da iniciativa privada no setor cultural e a importância do mercado e seus mecanismos.

Para tanto, a Lei Sarney (Lei n. 7.505/86) foi a primeira lei de incentivo fiscal à cultura no País – que até então atuava de forma a complementar as ações estabelecidas pelo próprio Estado –, promulgada em 02 de julho de 1986.

Tendo isso em vista:

Foi criada com a intenção de disponibilizar mais verbas para custeio das produções culturais, permitindo que o próprio mercado realizasse a escolha da atividade cultural que seria patrocinada. Ela previa a concessão de benefícios fiscais federais para as empresas que investissem em cultura, numa modalidade que foi denominada de mecenato (OLIVIERI, 2004, p. 71).

Nessa lógica, a existência de leis de incentivos fiscais, que nasceram em decorrência da Lei Sarney, vigorando como uma espécie de mecenato até o ano de 1990 e revogada depois da posse de Collor – principalmente pelo fato de haver descontrole na aplicação das verbas arrecadadas –, mostra o caráter de extrafiscalidade que os tributos são capazes de adotar.

No tocante a isso, importante é a lição de Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 244):

A experiência jurídica nos mostra [...] que vezes sem conta a compostura da legislação de um tributo vem pontilhada de inequívocas providências no sentido de prestigiar certas situações, tidas como social, política ou economicamente valiosas, às quais o legislador dispensa tratamento mais confortável ou gravoso. A essa forma de manejar elementos jurídicos usados na configuração dos tributos, perseguindo objetivos alheios aos meramente arrecadatários, dá-se o nome de “extrafiscalidade”.

Hodiernamente, o caráter extrafiscal é perceptível na Lei Rouanet (Lei n. 8.313/91), principal instrumento incentivador para o âmbito do direito cultural, que estabelece benefícios fiscais aos contribuintes do Imposto de Renda que patrocinam projetos culturais. Assim, percebe-se a função dos incentivos fiscais na captação de recursos para o setor cultural.

A Lei Rouanet destaca, em seu art. 18, que o incentivo a projetos culturais é um de seus objetivos, facultando às pessoas físicas ou jurídicas a opção pela aplicação de parcelas do Imposto sobre a Renda, através de doações ou patrocínios, para o apoio a projetos culturais apresentados por pessoas físicas ou jurídicas que tenham natureza cultural.

Nesse sentido, percebe-se que os tributos têm a função primordial de arrecadar recursos financeiros ao Estado. Porém, no mundo moderno, esta função se expande até atingir a função de interferir na economia, estimular atividades, setores econômicos ou regiões e, inclusive, desestimular condutas ou até mesmo a compra de determinados bens de consumo. A sua atual função, portanto, circunda a extrafiscalidade, ou seja, atua em um sentido muito mais abrangente do que a fiscal, arrecadatária (MACHADO, 2016).

Portanto, o tributo pode assumir caráter fiscal e extrafiscal, como se vê:

Assim, quanto ao seu objetivo, o tributo é: (a) fiscal, quando seu principal objetivo é a arrecadação de recursos financeiros para o Estado; (b) extrafiscal, quando seu objetivo principal é a interferência no domínio econômico, buscando um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros [...]. (MACHADO, 2016, p. 69).

Assim, o estímulo a determinados comportamentos faz com que os tributos assumam um caráter extrafiscal, que se concentram na busca do Estado pelo alcance de determinado

fim, como a captação de recursos suficientes para a efetivação do direito à cultura. É nesse sentido que o interesse público por esse direito se sobrepõe ao interesse particular.

Desse modo, os incentivos fiscais funcionam como financiamentos culturais, tendo em vista que os benefícios estabelecidos por estas leis concedem o direito de abatimento das doações e dos patrocínios do imposto devido por pessoas físicas e jurídicas.

Desta maneira, cabe fazer remissão ao conceito de incentivo fiscal dado pelo Ministério da Cultura (2016), que afirma que:

O Governo Federal oferece uma ferramenta para que a sociedade possa decidir aplicar, e como aplicar, parte do dinheiro de seus impostos em ações culturais. Desta maneira, o incentivo fiscal estimula a participação da iniciativa privada, do mercado empresarial e dos cidadãos no aporte de recursos para o campo da cultura, diversificando possibilidades de financiamento, ampliando o volume de recursos destinados ao setor, atribuindo a ele mais potência e mais estratégia econômica.

Desse modo, ao conceder benefícios ou incentivos fiscais, o Estado cede parte da receita que seria arrecadada através de sua atividade tributária. Em vista disso, essa concessão deve se fazer mediante a determinação de leis específicas, que atribuem condições a serem cumpridas antes que o benefício seja efetivamente instituído. Somente depois de atendidas essas condições é que existe o direito de abatimento das doações e dos patrocínios do imposto devido.

Quanto à forma de apuração do tributo, Nogueira (2013) ensina que:

A apuração do tributo é realizada normalmente, não havendo qualquer enunciado que altere sua base de cálculo ou os demais critérios do antecedente e do conseqüente da regra-matriz. Após a incidência e apuração do crédito tributário, a legislação permite que o sujeito passivo realize a sua extinção mediante compensação (parcial ou total, dependendo da regra aplicável) [...].

Vê-se que a dedução realizada é feita somente após a apuração do tributo, com o levantamento de sua base de cálculo e da alíquota prevista na legislação pertinente ao tributo arrecadado. É a partir de então que o benefício é usufruído.

Quanto ao funcionamento dos incentivos fiscais, Nogueira (2013) completa dizendo que o legislador conferiu aos valores entregues aos proponentes de projetos culturais, no decorrer do ano-calendário, “a condição de ‘crédito’ passível de compensação com o seu débito tributário, assumindo que tais valores tiveram natureza de antecipação do imposto devido”.

Portanto, o que se tem com os incentivos fiscais são créditos presumidos que são passíveis de serem utilizados – desde que respeitados certos limites – através de compensação com o imposto devido.

Por conta disso é que os financiamentos culturais tornam-se importante fonte de

arrecadação para o setor. Juntamente com as políticas públicas estabelecidas pelo Estado, elas atuam – ou poderiam atuar – no sentido de compreender os direitos não contemplados pelas políticas. Essa seria a função primordial das leis de incentivo fiscal.

Assim, a atuação dos patrocínios pelos incentivos fiscais, vindos primordialmente com a Lei Rouanet, trazem a oportunidade de as políticas públicas ampararem não somente a cultura alcançada pelo orçamento público, mas também os grupos culturais não alcançados por essas verbas, dando oportunidade, por conseguinte, ao maior alcance da diversidade cultural. Sendo assim, a atuação dos financiamentos, em conjunto com o Estado, representaria uma descentralização das atividades estatais no setor cultural (BOLÁN, apud Rubim, 2009).

Por conseguinte, haveria uma ampliação da atividade estatal no setor cultural, dando margens à iniciativa privada para a realização de investimentos e patrocínios destinados a disponibilizar recursos para a sustentabilidade das pequenas produções não contempladas pelas políticas estabelecidas pelo Estado, com o fim de trazer ao foco, também, a cultura como formação do indivíduo, que pensa e vive através das manifestações simbólicas que produz.

As leis de incentivo fiscal, portanto, com o objetivo de arrecadar recursos para o setor cultural e de apresentar à iniciativa privada as vantagens da disponibilização desses financiamentos, trouxe para o Estado a primazia de não ser o único financiador cultural, o que levou a uma maior sustentabilidade da produção cultural.

Diante disso, Olivieri (2004, p. 22) destaca que:

A rede de incentivos fiscais, criada em todo o país, estabeleceu desta forma, por um período, o sentimento de que o financiamento da cultura estaria resolvido com o patrocínio incentivado, remetendo os produtores e artistas ao departamento de marketing das empresas, e colocando o Ministério e Secretarias da Cultura na posição de órgãos acessórios com funções apenas burocráticas.

Porém, a cultura, a partir da elaboração de leis de incentivo fiscal, proporcionou ao setor privado, principalmente às empresas, a oportunidade de se valer do marketing cultural para alavancar sua imagem frente ao público externo, e isso se deu em grande parte por conta da globalização. O marketing cultural empreendido atualmente como modo de financiamento da cultura é o que se pode chamar de mecenato contemporâneo.

Oriundo do vocábulo “mecenaz”, mecenato seria uma forma de patrocínio das artes, das letras e das ciências, até mesmo dos próprios artistas. Na Roma antiga, Mecenas foi ministro do imperador Caio Julio Augusto (CESNIK, 2007, p.1), e como tal pensava que:

O poder necessita se fazer cercar da criação artística e do pensamento, na busca da legitimidade. Neste sentido, são formados e mantidos círculos de eruditos que gravitam em torno do ministro e do governo. Cabe a este círculo a intermediação das ideias e ações imperiais junto à população. Através de sua influência e prestígio

junto aos cidadãos, os eruditos emprestam credibilidade, ao mesmo tempo em que disseminam a política imperial.

Por conseguinte, o apoio à cultura, concedido através do mecenato, está hodiernamente relacionado com as leis de incentivo fiscal e com a introdução do marketing cultural no atual plano estratégico das empresas, benefício este concedido primordialmente pela Lei Rouanet.

Para tanto, cabe sua conceituação por Olivieri (2004, p. 43):

O marketing cultural é a associação temática entre a atividade cultural e a comunicação empresarial, podendo ser definido como conjunto de recursos de marketing que permite projetar a imagem de uma empresa ou entidade, através de ações culturais. Trata-se de uma ferramenta de comunicação bastante recente no Brasil ou mesmo no mundo (grifo do autor).

Em vista disso, as produções culturais estão restritas às constantes mercadológicas que compõem uma limitação à circulação e à produção de bens culturais, delineando os contornos de um cenário de desigualdades que limita o acesso à cultura.

Em consequência disso, o direito dos cidadãos de se autoafirmar dentro de determinada cultura e de se manifestar artisticamente encontra certo empecilho a partir do momento em que as demandas do mercado, frutos de um produto midiático, descaracterizam o conceito social e histórico da cultura e o reconstrói no sentido de lhe atribuir valores de consumo.

Com isso, entende-se que a Lei Rouanet, com seu caráter extrafiscal, servindo como instrumento de uma política cultural estabelecida pelo Estado com o fim de levar à concretização do direito à cultura, acaba se tornando um mecanismo de marketing, em que o bem cultural se transforma em um bem de consumo, influenciado midiaticamente.

3. A INDÚSTRIA CULTURAL ESTABELECIDADA PELA LEI ROUANET

De acordo com o exposto, entende-se que o que se obteve com a pretensão do Estado em estimular o setor cultural com a atribuição de incentivos fiscais foi a transformação da cultura como modo gerador de lucro e de imagem empresarial, e não a implantação de uma política cultural no Brasil com uma democrática distribuição de verbas e apoio financeiro aos artistas e às várias formas de representações culturais.

No tocante às operações do mercado no consumo dos bens culturais, Bauman (2013, p. 73) faz alusão a um mercado “especialista” em aumentar a demanda e a oferta ao dizer que os fatores do mercado vão conduzir as pessoas a sentirem a necessidade imediata de possuir e pagar por aquilo que lhes é oferecido, como se tudo não passasse de um “bom negócio”.

Acerca do estabelecimento dessa relação negocial, Bauman (2013) a caracteriza

como coercitiva, já que o mercado atua com autoridade para ditar as criações artísticas e culturais sobre as quais haverá demanda e financiamento. Assim, o mercado impõe produtos culturais rentáveis, porém de nenhum modo democrático.

Com isso, se torna visível que no momento atual a cultura passa por um período em que se tornou uma indústria e que a produção de bens culturais tem a finalidade quase que exclusiva de gerar lucro. A massificação das mídias, crescente no último século, como o rádio, a televisão e o cinema, contribuíram para a formação dessa indústria cultural.

O lucro como objetivo primário ocasionou a comercialização e a produção de bens culturais em grandes proporções, e os projetos selecionados para o patrocínio são aqueles com maior notoriedade entre as mídias.

A concentração da distribuição dos recursos advindos com os incentivos fiscais fica, então, dividida de modo não democrático, valendo-se de critérios que corrompem o fundamento cultural, que nada mais é o reconhecimento identitário do indivíduo social.

Quanto a esses critérios, assevera Bauman (2013, p. 73):

Verdadeiramente novos são os critérios usados nessa mediação [de levar a arte e a cultura ao público] pela nova classe de gerentes, agentes das forças do mercado, reivindicando as posições abandonadas pelos agentes das autoridades do Estado (ou deles tomada). Como esses são critérios do mercado de consumo, eles preocupam-se com temas como a iminência do consumo, a iminência da satisfação e a iminência do lucro.

Com a regulação mercadológica, por conseguinte, a cultura se transforma: de características antropológicas, históricas e sociais, passa a ser um produto resultante das necessidades a médio e longo prazo dos indivíduos, dentre consumidores e produtores. Sua essência não mais se baliza pela necessidade de identidade e pertencimento social, mas pela busca do lucro e da satisfação momentânea que o mercado de consumo oferece.

O mercado cultural, influenciado pela introdução das leis de incentivo fiscal, principalmente com a Lei Rouanet, acabou por submeter a cultura a um processo de criação que promove o uso e o descarte dos bens culturais. Com vistas ao lucro, a cultura massificada demonstra a liquidez da época pós-moderna.

A produção cultural, por conseguinte, é direcionada a um público restrito, ou seja:

São os clientes potenciais, ou, mais precisamente seu número, o conteúdo de suas contas bancárias e o volume de crédito de que dispõem que hoje decidem, conscientemente ou não, o destino dos produtos culturais. A linha que divide a arte “bem-sucedida” (leia-se, a que atrai a atenção do público) da malsucedida, pobre e inútil (leia-se, a que não conseguiu chegar às galerias ou às casas de leilão famosas, frequentadas pela clientela certa) é traçada tendo como referência as estatísticas de venda, a frequência e os lucros das exposições (BAUMAN, 2013, p. 74).

A produção cultural se baseia, então, nas potenciais chances de lucro e de venda. A

produção de um livro é patrocinada pelo setor privado a depender de seu conteúdo adaptável às massas. As pequenas manifestações culturais, como grupos teatrais regionais, não encontram espaço e, conseqüentemente, recursos para se sustentarem e divulgarem suas representações. Em vez disso, grandes artistas recebem facilmente o acesso aos benefícios concedidos através dos incentivos, já que sua comercialização é facilmente perceptível por grande parte dos patrocinadores.

O que acontece, segundo Olivieri (2004), é que as empresas patrocinadoras estimulam a arrecadação de recursos para shows que atraem grandes públicos e que sejam acessíveis às grandes massas populares e que, por não representarem maiores desafios para sua produção, são transformados em megaeventos com uma enorme quantidade de consumidores. Além disso, outra possibilidade de patrocínio é a de eventos e projetos elitizados que, apesar de encontrarem um pequeno público-alvo, estes são formadores de opinião e possuem grande poder aquisitivo.

A cultura, então, se torna findável, transitória e fugaz, tendo em vista que:

[...] o patrocínio empresarial torna-se possível, em geral, para projetos que permitam o alcance do público desejado e grande exposição da mídia. Ficam excluídos os projetos sem visibilidade na mídia, experimentais, destinados a pequenas comunidades ou que apresentem qualquer risco de não execução ou de polêmica (OLIVIERI, 2004, p. 44).

Não se tem a pretensão, aqui, de atribuir valores artísticos a essa cultura massificada, mas sim determinar a existência de uma cultura democrática em sua essência que, recentemente, se modifica para atender às necessidades do mercado. E isso advém, em grande parte, da indústria cultural construída pelas ações dos entes privados, que recebem do Estado a possibilidade de se valer da cultura para a construção de novos valores culturais, caracterizados por uma obsolescência dos bens referentes à cultura.

Desse modo, importante se faz destacar a operacionalização dessa indústria cultural, descrita por Chauí (2009, p. 35) que:

Em primeiro lugar, separa os bens culturais pelo seu suposto valor de mercado: há obras “caras” e “raras”, destinadas aos privilegiados que podem pagar por elas, formando uma elite cultural; e há obras “baratas” e “comuns”, destinadas à massa. Assim, em vez de garantir o mesmo direito de todos à totalidade da produção cultural, a indústria cultural sobredetermina a divisão social acrescentando-lhe a divisão entre elite “cult” e massa “inculta”.

Ainda, continua a autora, em segundo lugar e de modo contraditório em relação ao primeiro aspecto dessa operacionalização, tem-se a ilusão de que os mesmos bens culturais estão acessíveis e disponíveis a todos os indivíduos em sociedade, restando-lhes livremente a possibilidade de escolha, como se os bens culturais fossem os produtos de um supermercado,

simplesmente comerciáveis.

Em terceiro lugar, diz ela, a indústria cultural “inventa figuras chamadas ‘expectador médio’, ‘ouvinte médio’ e ‘leitor médio’, às quais são atribuídas certas capacidades mentais ‘médias’, certos conhecimentos ‘médios’ e certos gostos ‘médios’, oferecendo-lhes produtos culturais ‘médios’ (CHAUI, 2009, p. 36).

Isto significa que a indústria e o mercado vendem cultura. Diante disso, deve-se seduzir e agradar o consumidor de modo que, para tanto, não se introduzam novas informações a ponto de chocá-lo, provocá-lo ou fazê-lo pensar. Ao consumidor devem ser apresentados produtos segundo o senso comum, os quais a indústria cultural atribui novas aparências (CHAUI, 2009).

Em quarto lugar, a cultura é definida como lazer e entretenimento, passando, nesse sentido, a ser parte de uma fonte de diversão e passatempo, se distanciando consideravelmente da sua dimensão antropológica, que nada mais é do que a criação para a expressão cultural.

Com isso, percebe-se que, de fato, dentro da política de incentivos fiscais estabelecida pelo Estado, não há espaço para a atuação de uma democracia cultural. As normas do mercado, balizadas pelas noções de lucro e de consumo, deixam em segundo plano a dimensão antropológica de cultura. Perde-se o sentido da cultura como uma ação história, para transformá-la em uma ação fugaz e efêmera produzida pela indústria cultural.

O desvio na finalidade da concessão dos benefícios através das leis de incentivos fiscais, transformadas em políticas culturais na busca da democracia cultural fica, portanto, perceptível quando:

[...] As políticas que adotam um conceito estrito de cultura viabilizam, em geral, manifestações acessíveis apenas para um grupo com competência cultural e que atendam à demanda econômica da existência de produto material. Nesse modelo, a escolha se faz pela exclusão de várias manifestações e pela qualificação, por vezes viciada, de determinadas ações culturais em detrimento de outras (OLIVIERI, 2004, p. 51).

A cultura, sendo um processo de criação simbólica advinda das manifestações sociais e comportamentais de seu público, entendida como atuação humana na busca da compreensão do mundo e de suas vivências, deve ter como base criadora a participação ativa deste. Tal participação, no entanto, não se faz possível dentro da cultura massificada construída pela indústria cultural.

A produção artística e seu processo de criação, quando massificados pelos meios de comunicação, são apenas entregues como um produto cultural final ao público, que o consome e se entretém. Apesar da popularização dessas grandes produções, não há como se falar em uma cultura democrática, assim como diz Olivieri (2004, p. 54):

Não se pode assumir que o aumento do público para a produção cultural, propiciado pelos MCM [meios de comunicação de massa], significaria por si só que o acesso estaria democratizado. Considerando-se o acesso medido apenas pela audiência dos MCM, ou mesmo a difusão de técnicas e procedimentos artísticos através dos MCM, poderíamos argumentar a favor dessa popularização do acesso. Contudo, a participação ativa do espectador é, praticamente, inexistente.

A democracia cultural, então, se condiciona aos objetivos do capital e do lucro, e a indústria cultural faz com que o processo de criação seja atropelado em busca do imediatismo do mercado.

Diante disso, qual é o papel do Estado? Massificar a cultura a ponto de que todos possam usufruí-la, mesmo que como forma de entretenimento e de modo esporádico? Ou dar a ela o real significado de seu conceito, atribuindo memória e história às produções?

A resposta a essas indagações não encontra empecilhos quando se analisa o fato de que a cultura é um mecanismo antropológico que encontra respaldo na garantia da memória social. Através de documentos, fotografias, filmes, músicas, danças e pinturas a cultura constrói a memória dos vários grupos sociais que, através dessas representações, assimilam seus modos comportamentais e suas visões de mundo. Não há nada de efêmero nisso. Trata-se da atribuição de significados e da expressão da liberdade de pensamento. Trata-se da busca pela identidade e de suas raízes sociais.

Nesse sentido, necessária se faz a participação dos cidadãos no processo de construção das políticas culturais que, por se fazer através dos orçamentos públicos, devem garantir o acesso à participação de todos no processo cultural, como expõe Chauí (2009, p. 50):

Trata-se, pois, de uma política cultural definida pela ideia de *cidadania cultural*, na qual a cultura não se reduz ao supérfluo, ao entretenimento, aos padrões do mercado, à oficialidade doutrinária (que é ideologia), mas se realiza como direito de todos os cidadãos, direito a partir do qual a divisão social de classes ou a luta de classes pode manifestar-se e ser trabalhada porque, no exercício do direito à cultura, os cidadãos, como sujeitos sociais e políticos, diferenciam-se, entram em conflito, comunicam e trocam suas experiências, recusam formas de cultura, criam outras e movem todo o processo cultural (grifo da autora).

Assim, em um País onde o direito social da cultura não é efetivamente atendido, tem-se que a indústria cultural opera a partir do consumo, reduzindo a cultura em entretenimento e passatempo, não condizente com seu significado simbólico, como atividade social de construção de valores e práticas na representação de comportamentos sociais.

O entendimento de que cabe aos órgãos do Estado a competência para a decisão de escolha da destinação de recursos às produções culturais, em que se preserva o direito às diferenças e à igualdade de oportunidades, é descartada quando da atuação incorreta das leis de incentivo fiscal.

Como alega Porto (2009, p. 25), “privatizou-se o poder decisório e com ele o papel exigido de um Ministério e de uma política pública reduzindo-se a política cultural a uma ação casuística e de pouco interesse público ou formador”.

A parceria público-privada compreendida pelos incentivos fiscais com o fim precípua de atuação conjunta entre Estado e iniciativa privada, é, sim, um recurso legítimo para o alcance da democracia cultural. Porém, quando os atores privados se sobrepõem às noções de igualdade de distribuição de recursos, limitando a participação da população na produção cultural, esse fim se torna desfigurado e distorcido.

A cultura, então, não atinge a amplitude necessária para proporcionar aos cidadãos a concretude de seu direito à cultura. E esse é o maior desafio para a atuação e desempenho das políticas culturais.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, entende-se que a Lei Rouanet foi instituída para servir ao direito do acesso à cultura como uma política pública cultural. Contudo, seu funcionamento não se mostra condizente com tal característica, sendo necessário o entendimento de que os incentivos fiscais não são em si uma política cultural, nem mesmo a única, mas sim um mecanismo para levar à concretização dessa política.

Somente a partir do entendimento de que a Lei Rouanet apenas oferece mecanismos teoricamente capazes de efetivar uma política cultural estruturada além de suas fronteiras é que se poderão empreender mudanças que satisfaçam à sua condição de meros instrumentos. Por outro lado, quando se busca dar a essa Lei um caráter que vai além de seu alcance, acaba-se por extenuá-la, fatigá-la ao ponto de dar-lhe obrigações que vão além de seu múnus, qual seja, o de atender à parte de uma política maior do que a própria Lei n. 8.313.

Além disso, o Estado transporta a sua responsabilidade para os próprios produtores e artistas, que devem apresentar projetos atrativos para a mídia e para os próprios patrocinadores. Projetos que em nada se relacionam com um conceito de cultura antropológico, histórico e social. Projetos que se criam por estruturas dotadas de sentido mercadológico. Projetos sem identidade cultural.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. A Cultura no Mundo Líquido Moderno. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2013.

BERNARDO, Gilbert Rezendes. Aplicação da Lei Rouanet: destinação do imposto de renda pessoa jurídica com ênfase no desenvolvimento do marketing social institucional. Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Contábeis – Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Criciúma, 2012.

BRANT, Leonardo. Diversidade Cultural e Desenvolvimento Social. In: BRANT, Leonardo. (org) Políticas Culturais. Barueri: Manole, 2003, p. 3-14.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Ministério da Cultura. Incentivos Fiscais. 2017. Disponível em: <<http://rouanet.cultura.gov.br/incentivofiscal/>>. Acesso em: 02 de jun. de 2017.

_____. Lei n. 7.505, de 2 de julho de 1986 – Lei Sarney.

_____. Lei n. 8.313, de 23 de dezembro de 1991 – Lei Rouanet.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário, Linguagem e Método. 3. ed. rev e atual. Noeses, 2009.

CESNIK, Fábio de Sá. Guia do Incentivo à Cultura. 2. ed. atual. ampl. Barueri: Manole, 2007.

CHAUÍ, Marilena. Cultura e Democracia. 2. ed. Salvador: Secretaria de Cultura, Fundação Pedro Calmon, 2009.

LACERDA, Alice Pires. Democratização da cultura x democracia cultural: os pontos de cultura enquanto política cultural de formação de público. In: Anais do seminário internacional. Políticas culturais: teoria e práxis. Bahia: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2010. Disponível em: <http://culturadigital.br/politicacultural_casaderuibarbosa/files/2010/09/02-ALICE-PIRES-DE-LACERDA.1.pdf>. Acesso em: 02 de jun. 2017.

LARAIA, Roque de Barros. Cultura: um conceito antropológico. 14. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

NOGUEIRA, Julia de Menezes. A Natureza Jurídica dos Benefícios Fiscais Concedidos pela “Lei Rouanet” e pela “Lei de Incentivo ao Esporte”. FISCOsoft, v. I, p. I, 2013. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/main_artigos_index.php?PID=289452&printpage=_>. Acesso em: 02 de jun. 2017.

OLIVIERI, Cristiane Garcia. Cultura Neoliberal: leis de incentivo como política pública de cultura. São Paulo: Escrituras Editora, 2004.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 05 de jun. 2017.

_____. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Nova Iorque, 1966. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 05 de jun. 2017.

PORTO, Marta. Cultura e Desenvolvimento em um Quadro de Desigualdades. In: Coleção Cultura é o quê, vol. 3. Salvador: Secretaria de Cultura do Estado da Bahia, 2012.

PRIBERAM. Dicionário de Língua Portuguesa, 2008-2013. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/>>. Acesso em 01 jun. 2017.

RUBIM, Antonio Albino Canelas. Políticas culturais no Brasil: tristes tradições, enormes desafios. In: MATRIZES, n. 2, ano 2, 2009. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/1240/1/Antonio%20Albino%20Canelas%20Rubim%202.pdf>>. Acesso em: 04 de jun. 2017.

SILVA, José Afonso da. Ordenação Constitucional da Cultura. São Paulo: Malheiros, 2001.

ANÁLISE CRÍTICA AO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO FRENTE AOS PROBLEMAS RELATADOS NO FILME CARANDIRU

Beatriz Ferruzzi REBES¹
Marcus Vinicius Feltrim AQUOTTI²

RESUMO

O presente trabalho usa o filme Carandiru para fazer um paralelo entre os principais problemas que cercam nosso sistema carcerário e as possíveis causas das grandes rebeliões, chacinas e motins. Fazendo uma análise detalhada da realidade interna das prisões, que envolve superlotação, péssimas condições de higiene, violência, além da falta de oportunidades de trabalho e estudo, o que reflete diretamente na possibilidade de remição de suas penas. Deve-se ainda confrontar essas condições em que os presos são submetidos com as previsões da Lei de Execução Penal de 1984, a qual regulamenta os direitos e deveres dos reeducandos. Verificaremos através do presente que grande parte das falhas carcerárias são decorrentes da falta de assistência oferecida pelo Estado, não apenas financeira, mas também outros fatores como: falta de instrução e preparo para os funcionários. Buscou-se ainda propor alternativas de trabalho e estudo externo, o que influenciaria na ressocialização do condenado, preparando para reinserir na sociedade um novo cidadão, impedindo sua volta para o mundo do crime, tendo ciência de que hoje, nossos presídios são verdadeiras escolas da criminalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Carandiru. Sistema Carcerário. Rebeliões. Superlotação. Remição. Trabalho. Estudo. Ressocialização. Criminalidade.

ABSTRACT

The present work uses the Carandiru movie to make a parallel between the main problems surrounding our prison system and the possible causes for the great rebellions, killing and riots. Making a detailed analysis of the internal reality of the prisons, which involves overcrowding, terrible hygiene conditions, violence, besides the lack of job and education opportunities, that directly reflects the possibility of remission of their sentences. It's also necessary to confront these conditions to which prisoners are subjected with the provisions of the Criminal Sanction's Execution Law of 1984, which regulates the rights and duties of the re-educating. We will verify through the present study that most of the prison failures are due to the lack of assistance offered by the State, not only financial, but also other factors such as: lack of instruction and preparation for the employees. It was also sought to propose some alternatives of work and external study, which would influence the resocialization of the condemned, preparing to reinsert in society a new citizen, preventing his return to the world of crime, being aware that today our prisons are true schools of crime.

KEY-WORDS: Carandiru. Prison System. Rebellions. Overcrowding. Remission. Work. Study. Resocialization. Criminality.

INTRODUÇÃO

- 1 Discente do 3º ano do Curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.
- 2 Delegado de Polícia Civil do Estado de São Paulo, Mestre em Direito Penal pela Universidade de Franca e professor de Direito Penal no Curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

Segundo dados do relatório do Infopen divulgado em 2014 e preparado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), órgão do Ministério da Justiça, a população carcerária brasileira era de 622.202 presos até dezembro de 2014. Considerando que a capacidade do sistema carcerário seria de 371.884, temos um déficit de 250.318 vagas.

Ainda segundo a Infopen, a situação de Rondônia é a mais preocupante, o Estado em 2014 apresentava a maior taxa de detentos por 100 mil habitantes, cerca de 3 vezes a taxa nacional. Já os estados do Amazonas e Pernambuco apresentam as maiores porcentagens de ocupação das penitenciárias, 259% e 237% respectivamente.

Um dos fatores que mais colaboram para a superlotação carcerária no país é o número de presos provisórios, até dezembro de 2014, o Brasil possuía 249.669. Percebemos que o número de presos provisórios muito se aproxima do número de déficit de vagas. Nesse aspecto o estado do Tocantins é o que mais preocupa, com 75% de presos provisórios. Pensando em nível nacional, 40% da população prisional é composta por presos provisórios, conforme destaca o relatório do Infopen (2014, p. 15), “Estamos falando de 40% de 600 mil pessoas. São quase 250 mil pessoas presas antes de serem, julgadas em primeiro grau jurisdicional, sendo que há evidências de que uma grande parte delas poderia responder ao processo em liberdade.”

Todos esses dados acima são apenas alguns dos reflexos do caos do nosso sistema carcerário, e todos nós sabemos que se trata de uma questão antiga e muito discutida, porém na maioria das vezes ignorada pelas autoridades. Por isso se faz necessário o apontamento das falhas e necessidades do sistema carcerário brasileiro através do presente trabalho.

1. CARANDIRU, RECENTES CHACINAS E A SITUAÇÃO CARCERÁRIA ATUAL

César Roberto Bitencout defende em seu livro *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*, que a população só voltam suas atenções para a real situação carcerária quando ocorrem os chamados “motins” (1993, p. 206):

Os motins carcerários são os fatos que mais dramaticamente evidenciam as deficiências da pena privativa de liberdade. É o acontecimento que causa o maior impacto e o que permite à sociedade tomar consciência, infelizmente por pouco tempo, das condições desumanas em que a vida carcerária se desenvolve. O motim, uma erupção de violência e agressividade, que comove cidadãos, serve para lembrar à comunidade que o encarceramento do delinqüente serve apenas para postergar o problema. O motim rompe o muro de silêncio que a sociedade levanta ao redor do cárcere. Infelizmente, pouco depois de desaparecido o conflito carcerário, a sociedade volta a construir um muro de silêncio e de indiferença, que se manterá até que outro acontecimento dramático comova, transitoriamente, a consciência social. Este ciclo fatal, cuja interrupção é muito difícil, é um dos fatores que mais influem para que a problemática carcerária não encontre solução satisfatória na maior parte das sociedades. O exemplo mais eloqüentes da conflitividade carcerária foi o

“Massacre do Carandiru”, ocorrido na Casa de Detenção em São Paulo, no ano de 1992, onde a Polícia Militar *executou* cento e onze reclusos, totalmente desarmados.

O filme *Carandiru*, lançado em 2003, baseado no livro “Estação Carandiru” de Drauzio Varella e objeto de estudo para o presente trabalho, relata de forma clara e objetiva não só a grande chacina de 1992 na Casa de Detenção em São Paulo, mas também todos os fatores que podem colaborar para esses acontecimentos.

Mostra a realidade penitenciária sob o olhar do médico Drauzio Varella que se propôs a fazer um trabalho de prevenção contra AIDS dentro dos presídios brasileiros durante dez anos. O filme relata a realidade onde vivem os detentos, com superlotação, falta de higiene, instalações precárias, violência, preconceito, homossexualismo, abuso de autoridade por parte dos agentes, corrupção, transmissão de moléstias graves, entre outros.

O médico logo conclui que quando se vive em situação de calamidade, qualquer desentendimento pode ser motivo para uma grande confusão. E foi o que aconteceu na Casa de Detenção na manhã do dia 2 de outubro de 1992. Após uma briga entre dois detentos por causa de espaço no varal, deu-se início a um grande tumulto entre os presos, até que na parte da tarde após tentativas de negociações as tropas da Polícia Militar invadiram o local.

Não se sabe ao certo o que aconteceu lá dentro, sabemos do resultado: 111 detentos mortos (103 vítimas de disparos e 8 devido a ferimentos promovidos por objetos cortantes), além de 153 feridos, entre esses apenas 23 policiais militares.

E na última cena do filme, temos uma declaração de alguém que viveu a realidade do presídio durante 10 anos, que nos faz ter pelo menos alguns minutos de reflexão (VARELLA, 2003), “No dia 2 de outubro de 1992, morreram 111 homens na Casa de Detenção de São Paulo. Não houve mortes entre policiais militares. Só podem contar o que aconteceu Deus, a polícia e os presos. Eu ouvi apenas os presos.”

Mais recentes ainda que o *Carandiru* são as chacinas e rebeliões nos presídios de Manaus e Roraima, os quais reascenderam mais uma vez esse debate e a procura pelas causas desse comportamento por parte dos presos. Bitencourt apoia a ideia de que as rebeliões são consequências diretas das condições em que os presos são obrigados a viver (1993, p. 209):

A maior parte das rebeliões que ocorrem nas prisões são causadas pelas deploráveis condições materiais em que a vida carcerária se desenvolve. Esta foi a causa principal que desencadeou os motins carcerários na França (1972-1974), na Itália (1972) e o “Massacre do Carandiru”, em São Paulo (1992)

E continua (193, p. 209 - 210):

Sempre que ocorrem esses conflitos graves, os internos fazem reivindicações que refletem as condições desumanas em que se desenvolve a pena privativa de liberdade. Por exemplo, na violenta greve que ocorreu em 3 de novembro de 1970 na prisão de Folsom, fizeram, entre outras, as seguintes reivindicações: “...9º.

Exigimos que não soltem gás lacrimogêneo contra presos fechados em suas celas...14°. Exigimos que os empregados e funcionários dos correccionais sejam submetidos a processo legal quando atirarem contra presos, ou próximo a eles ou os exponham a qualquer castigo cruel ou excepcional quando não for caso de vida ou morte...” Essas reivindicações adaptar-se-iam perfeitamente ao “Massacre do Carandiru”, numa amostra de que o desrespeito à dignidade do preso e a violência desmesurada se repetem ainda hoje, em qualquer parte do mundo.

As opiniões se dividem, de um lado, críticas ao “sistema punitivista”, posicionamentos como “estamos prendendo muito, mas estamos prendendo mal” “prender não está ajudando a diminuir a violência das ruas”, do outro lado, certo conformismo e ousa a dizer que uma certa aceitação ao caos instalado, afinal, “lá não tem nenhum santo”.

No Brasil, talvez um jeito de começar a traçar um parâmetro para uma discussão e possível reforma seja voltar nossa atenção ao próprio texto legal. O artigo 1º da Lei de Execução Penal diz que (Lei 7.210 de 11 de Julho de 1984): “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

Atente-se à parte final do dispositivo: “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, veja que o objetivo principal da prisão preventiva deveria ser a ressocialização do preso, uma espécie de preparo para que ele pudesse retornar para a vida em sociedade. É o que diz Bitencourt (1993, p. 89):

Montesinos tinha firme convicção de que a prisão deveria buscar a recuperação do recluso. A função do presídio era devolver à sociedade homens honrados e cidadãos trabalhadores. Não acreditava que o presídio devesse servir somente para modificar o recluso. Embora essa idéia pareça lógica e evidente, ainda hoje, em muitos setores sociais, encontra-se muito enraizado o conceito de que a prisão é um lugar onde se deve propiciar o sofrimento e a mortificação do delinqüente.

Hoje o objetivo ressocializador da pena está tão distante que é praticamente impossível imaginar que um condenado volte a viver em paz em sociedade na nossa realidade. Claro que não podemos esquecer que a pena de prisão também é uma forma de intimidar, e realmente deve fazer isso, afinal o Direito Penal existe justamente para punir um ato criminoso, porém o exercício exclusivo da punição não me parece ser algo evolutivo, quando se fala em recuperação de pessoas.

2. LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A Lei 7.210 foi sancionada em 11 de Julho de 1984, e como o seu primeiro artigo diz, "tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal", além de assegurar ao preso direito à saúde, educação, trabalho, respeito, remição, assistência ao egresso e outros atrelados a dignidade da pessoa humana. Mas infelizmente sabemos que na

prática a maioria ou a totalidade desses direitos não são respeitados nos presídios brasileiros, e a situação se agrava ainda mais com o passar do tempo.

Nem é preciso fazer grandes estudos e reflexões, basta analisar simplesmente o texto da lei para concluirmos que o principal problema da prisão é a prisão, é o desrespeito e o descaso ao que está proposto no texto legal, e essa situação, como diz Cesar Roberto Bitencourt (1993, p. 12), "avilta, desmoraliza, denigre e embrutece o apenado".

O autor, inclusive, relata em seu livro as condições das penitenciárias, não só brasileiras, mas de outros países também (1993, p. 144 - 145):

De um modo geral, as deficiências prisionais compendiadas na literatura especializada apresentam muitas características semelhantes: mau trato verbal (insultos, grosserias, etc) ou de fato (castigos sádicos, crueldades injustificadas e vários métodos sutis de fazer o recluso sofrer, sem incorrer em evidente violação do ordenamento, etc); superpopulação carcerária, o que também leva a uma drástica redução do aproveitamento de outras atividades que o centro penal deve proporcionar (população excessiva reduz a privacidade do recluso, facilita grande quantidade de abusos sexuais e de condutas inconvenientes); falta de higiene (grande quantidade de insetos e parasitas, sujeiras e imundices nas celas, corredores, cozinhas, etc); condições deficientes de trabalho, que pode significar uma inaceitável exploração dos reclusos ou o ócio completo; deficiência nos serviços médicos; que pode chegar, inclusive, a sua absoluta inexistência; assistência psiquiátrica inexistente ou abusiva (em casos de delinquentes políticos ou dissidentes pode-se chegar a utilizar a psiquiatria como um bom pretexto "científico" para impor uma determinada ordem ou para convertê-lo em um "castigo civilizado"); regime alimentar deficiente.

O artigo 11 da LEP elenca quais fatores basicamente a assistência ao preso deve abranger: material, saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

A assistência material, segundo o artigo 12 da LEP, consistirá em fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas. Definitivamente, quando falamos em presídios, não tem como pensar em higiene. Em 2015, o programa A Liga da TV Bandeirantes visitou as principais penitenciárias do país, entre elas a Penitenciária Geraldo Beltrão em João Pessoa, e as imagens são intragáveis, ambientes totalmente precários e deficientes.

Em relação ao vestuário, muitos dos presos não recebem qualquer assistência, alguns passam frio, outros se molham em dias de chuva e permanecem com as roupas molhadas no corpo. Esse fato acaba abrindo margem para um dos exemplos de corrupção dentro dos presídios, muitos guardas providenciam roupas para os detentos, a pedido das famílias e em troca de dinheiro.

A alimentação não chega a faltar na maioria das vezes, mas é desigual, quem tem mais recurso recebe mais comida. A situação das cozinhas não se diferenciam das demais instalações, sujas, velhas e sem manutenção, servindo como moradia de ratos e insetos. Em muitos dos presídios não há nem pratos, os presos recebem as refeições em sacos plásticos.

A assistência à saúde do preso compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico, é isso que prevê o artigo 14 da LEP. Como vimos anteriormente, em um local que não tem as mínimas condições de higiene para atender as necessidades básicas de um ser humano, com certeza não tem como pensar em saúde, conforme citação de César Roberto Bitencour (1993, p. 146):

As deficiências de alojamentos e de alimentação facilitam o desenvolvimento da tuberculose, enfermidade por excelência das prisões. Contribuem igualmente para deteriorar a saúde dos reclusos, as más condições de higiene dos locais, originadas na falta de ar, umidade e odores nauseabundos.

A maioria dos presos já chegam contaminados de moléstias e doenças como AIDS, e muitas vezes nem sabem que estão contaminados. E as doenças mais simples, como gripe ou viroses também não recebem o tratamento adequado.

A precariedade da assistência jurídica é uma das causas da superlotação carcerária, a quantidade de presos provisórios que aguardam julgamento e que muitas vezes são jogados e esquecidos dentro das prisões aumentam cada vez mais. Outro aspecto da assistência jurídica é o direito a ampla defesa, uma das principais garantias constitucionais e do Direito Processual Penal, porém, quem tem condições tem um bom advogado e conseqüentemente chances de possuir uma boa defesa. Em contrapartida, outros dependem dos serviços da defensoria pública, que na maioria dos Estados não conseguem atender a demanda de processos.

A assistência social e educacional estão diretamente e conjuntamente relacionadas ao processo de ressocialização do condenado, ao preparo para que o indivíduo seja inserido na sociedade novamente, após passar tanto tempo isolado do “mundo externo”.

Segundo o artigo 27 da LEP "o serviço de assistência social colaborará com o egresso para a obtenção de trabalho." O trabalho e o estudo como agentes de ressocialização são aspectos tão complexos que trataremos deles a seguir em um tópico separado.

2.1 Trabalho e Educação Frente ao Objetivo de Ressocializar o Preso

Antigamente, por volta do século XIX, se enxergava a prisão como um meio que poderia ser adequado para reformar o delinquente. Nos dias atuais, a imagem que o sistema carcerário passa para todos nós é de algo totalmente incapaz de ajudar um indivíduo a se recuperar, ou seja, nosso sistema carcerário está totalmente em crise e sem crédito, conforme afirma César Roberto Bitencourt (1993, p. 143):

Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o

delinqüente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina uma certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão, referem-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

O trabalho e o estudo são uma maneira de minimizar essa crise, extremamente importantes tanto para a ressocialização, quando para o cumprimento da pena, pois o exercício de uma dessas atividades proporciona a remissão da pena do condenado, conforme o artigo 126 da Lei de Execução Penal:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

É importante destacar que as obrigações em relação ao trabalho prisional são recíprocas: os detentos devem trabalhar se quiserem ter um dia de sua pena descontado a cada três dias de trabalho, em contrapartida, as autoridades carcerárias devem oferecer aos condenados oportunidades de trabalho. O artigo 28 da LEP deixa isso claro quando estabelece que "O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva." Seria ótimo se realmente houvesse efetividade no sistema, mas assim como acontece com todas as outras assistências prisionais, esta também não funciona na prática.

A situação se mostra claramente contraditória quando o artigo 31 da Lei estabelece que "o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade." Como estabelecer uma obrigação a alguém, e não oferecer possibilidades para essa pessoa cumprir essa obrigação? Há exemplos reais de detentos que querem trabalhar, que querem desenvolver aptidões enquanto cumprem suas penas, mas não há vagas e oportunidades para todos.

O problema de ressocializar o preso não se resume apenas na falta de oportunidades de estudo e trabalho, a sociedade também não está preparada para receber de volta uma pessoa que já foi condenada, conforme Bitencourt afirma: (1993, p. 143), "a sociedade não pergunta porque uma pessoa esteve em um estabelecimento penitenciário, mas tão somente se lá esteve ou não."

Temos um exemplo claro e atual sobre esse assunto, o goleiro Bruno, que estava preso desde 2010 e em 2013 havia sido condenado a vinte e dois anos e três meses em regime

fechado, por homicídio triplamente qualificado e ocultação de cadáver contra Eliza Samudio, teve no início de 2017 o Habeas Corpus nº 139612 concedido através de uma liminar assinada pelo ministro Marco Aurélio Mello do STF. O fato é que o ex-goleiro havia adquirido o direito de poder aguardar o recurso de sua pena na segunda instância em liberdade.

Logo que saiu da Associação de Proteção e Assistência ao Condenado localizada em Santa Luzia, Bruno começou a receber propostas de alguns clubes brasileiros, e posteriormente assinou contrato de dois anos com o time mineiro, Boa Esporte. Imediatamente grandes patrocinadores e empresas que prestavam serviços para o clube começaram a tomar providências para que seus contratos fossem encerrados.

Não queremos entrar no mérito de culpa ou não de Bruno e nem em questões contratuais, mas esse é um exemplo claro do repúdio que as pessoas têm contra pessoas que já cumpriram penas privativas de liberdade. A única atividade laborativa que Bruno exerceu durante toda sua vida foi a de jogador de futebol, ele como qualquer outra pessoa tem o direito de buscar e tentar refazer sua vida após ter seu direito de liberdade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, o órgão máximo de justiça brasileira.

Esse caso é apenas um dos milhares, quando um condenado sai da prisão, ele não consegue encontrar brechas na sociedade. Um empresário não quer contratar para trabalhar em sua empresa uma pessoa que passou anos em uma penitenciária, porque foi condenado por ter cometido um crime. E se o empresário contrata, esse indivíduo vai sofrer repúdio e discriminação dos colegas de trabalho, que não querem conviver com um ex-presidiário.

3. AMPLIAÇÃO DO TRABALHO EXTERNO COMO ALTERNATIVA DE GERAR NOVAS OPORTUNIDADES

A falta de vagas e oportunidades de trabalho dentro das unidades prisionais não pode servir de desculpa para ficar sem trabalhar, pois a Lei de Execução penal previu e regulamentou em seu artigo 36 a possibilidade do trabalho externo:

Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

§ 1º O limite máximo do número de presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra.

§ 2º Caberá ao órgão da administração, à entidade ou à empresa empreiteira a remuneração desse trabalho.

§ 3º A prestação de trabalho à entidade privada depende do consentimento expresso do preso.

Sabe-se que (JUNQUEIRA, 2005, p. 75):

A plena admissão da atividade laborativa inclusive *extra muros*, quando da égide dos

estágios finais de execução da pena, a almejar desta forma, meio bastantes à recuperação individual em sociedade, na medida das aptidões humanas, em serviços ou obras públicas realizadas por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas.

Como vimos, de acordo com o dispositivo legal o trabalho externo será permitido para os presos em regime fechado em obras públicas, que sejam realizadas pela Administração direta ou indireta, ou até mesmo por entidades privadas. O §2º estabelece que inclusive, esse trabalho deverá ser remunerado, nada mais justo e obvio quando se pensa sobre a ótica de César, um funcionário da Penitenciária do Estado de São Paulo, entrevistado por Ivan de Carvalho Junqueira, enquanto desenvolvia seu trabalho de monografia sobre o referido tema (2005, p. 87):

Investir um pouquinho mais na ressocialização do preso, no sentido de dar condições pra que ele possa resgatar a auto-estima, porque o preso que trabalha e é remunerado, ele se valoriza, ele resgata certos valores e... pro familiar chegar no fim do mês e... um livro pro filho, é um dinheiro da condução para que a mulher possa vim visitá-lo, porque o índice de abandono dentro do sistema penitenciário é muito grande devido às dificuldades que o próprio cárcere trás para com ele e seus familiares. É certo que todas as pessoas que estão presas, elas são um efeito e causa, né? Estão aqui, por ter cometido um erro... para com a sociedade, mas, a maneira dele se redimir, de se resgatar com a sociedade, não é só a prisão.

Acontece que tudo parece ser difícil demais, complicado demais e distante demais da nossa realidade. E se pararmos para analisar com um pouquinho de otimismo veremos que não é tão difícil quanto parece. Quantas obras públicas estacionadas no tempo há espalhadas por nossas cidades? Enquanto dentro das prisões há vários presos sedentos por uma oportunidade.

Enquanto não nos atentarmos para esse ponto, não conseguiremos ter a noção do quão benéfico é para uma pessoa que se encontra presa há anos. O individuo passa anos isolado da sociedade, e quando consegue desenvolver uma aptidão, é como se já tivesse dando um grande passo para uma mudança de vida.

É claro que o fato de levar presos para fora da prisão apresenta riscos, afinal nem todos vão possuir o mesmo interesse ou força de vontade. Justamente por isso, a Lei estabelece no artigo 37, que antes de autorizar a realização do trabalho externo por determinado individuo, a direção do estabelecimento deverá analisar também sua aptidão, disciplina e responsabilidade, além do requisito objetivo de ter cumprido pelo menos 1/6 da pena.

Sabemos que a observância aos critérios subjetivos de aptidão, disciplina e responsabilidade apesar de serem feitas por profissionais qualificados, nunca poderão apresentar certeza efetiva de sucesso em relação a determinados presos, mas isso não pode

servir como justificativa para a não implantação do trabalho externo no sistema prisional brasileiro, é o que defende Rodrigo Sanches Rios (1999, p. 61):

Mas aqui justamente deve ser levado em consideração que os institutos legais que visam diminuir a aflição da pena detentiva são na verdade uma “oferta”, um voto de confiança, uma “ponte d’ oro” (usando a expressão de Von Liszt a respeito da desistência voluntária), para reinserir o indivíduo na sociedade. Esta oferta vai acompanhada de riscos (naturais em qualquer empreendimento humano), que não devem impedir o uso desses institutos; pelo contrário, com o seu uso é que poderemos diminuir o espaço incomensurável que divide a prisão da sociedade.

O trabalho externo é o meio mais eficiente de ressocialização do preso, pois o coloca de volta a sociedade, e de certa forma em um nível acima daquele que ele possuía antes de ser preso, considerando o fato de que uma grande porcentagem dos indivíduos que são presos por se envolverem em atividades criminosas são analfabetos e desempregados.

4. FALTA DE OPORTUNIDADES E ESTRUTURA PARA PROPORCIONAR O ESTUDO

Segundo informações do Infopen, 53% dos presos brasileiros possuem ensino fundamental incompleto, ou seja, nível de escolaridade baixíssimo. A maioria desses indivíduos nasceu e foi criados em ambientes inapropriados e traumatizantes. Afirmar isso não é uma forma de tirar a culpa do criminoso e colocá-la em fatores sociais, e nem tentar justificar suas atitudes, é simplesmente tentar mostrar o retrato dos presos que superlotam nossas penitenciárias.

Enfim, sem estudo significa sem trabalho, sem recursos, sem oportunidades, o jovem então em certo momento da sua vida, motivado por inúmeros fatores entra no mundo do crime, é condenado, vai preso, cumpre sua pena, e quando sai na maioria dos casos pratica outros crimes, talvez ainda piores do que na primeira vez, porque durante todo o período em que ficou preso passou seu "tempo livre" aprendendo novas técnicas criminosas com seus colegas de celas, enquanto podia estar fazendo um curso, estudando ou trabalhando.

Essa situação é muito bem ilustrada no exemplo a seguir (HIBBER, 1975 apud BITENCOURT, 1993, p. 146):

Fui enviado a uma instituição para jovens com a idade de 15 anos e saí dali com 16 convertido em um bom ladrão de bolsos – confessou um criminoso comum -. Aos 16, fui enviado a um reformatório como batedor de carteiras e saí como ladrão...Como ladrão, fui enviado a uma instituição total onde adquiri todas as características de um delinqüente profissional, praticando desde então todo tipo de delitos que praticam os criminosos e fico esperando que a minha vida acabe como a de um criminoso.

O fato é que o preso passa anos de sua vida sem receber informações do mundo externo na penitenciária, e quando sai ainda tem que lidar com uma sociedade que não está

preparada para recebê-lo.

O artigo 17 da LEP traz previsão à assistência educacional: "A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado." Em 2013, Carolina Bessa Ferreira de Oliveira realizou uma pesquisa de campo na penitenciária de Uberlândia, a qual resultou na publicação de um artigo denominado "A educação escolar nas prisões: uma análise a partir das representações dos presos da penitenciária de Uberlândia (MG)", a seguir veremos uma declaração citada por Carolina em seu artigo, de um dos poucos presos que conseguem a oportunidade de estudar enquanto cumprem a pena (2013, p. 7):

Tive oportunidade aqui, coisa que lá fora eu tinha, mas não tive interesse. Com relação à escola, tô satisfeito. Eu sou até jovem ainda, tenho dois filhos e quero completar os estudos. Tem muito irmão aqui dentro que nem sabia ler e hoje tem terceiro ano. A escola faz muito bem. [...] Desde o início estudo. Tem que ter bom comportamento e eu sempre tive pra poder ter oportunidade.

Para muitos de nós, que sempre tivemos oportunidades talvez seja difícil mensurar o tamanho do impacto que uma oportunidade como essa, de poder ter acesso à informação e educação gera na vida de uma pessoa, mas esse impacto realmente pode mudar totalmente as percepções e perspectivas de vida de um indivíduo preso.

Porém, infelizmente essa oportunidade não é realidade para todos, conforme vemos em outras declarações (OLIVEIRA, 2013, p. 8): "Não tenho conhecimento da escolha. São muitos nomes na lista. A segurança que escolhe, não sei o critério. A lista é passada e depois só chamam os nomes aprovados" e "Tem que colocar o nome na lista e esperar ser chamado pela direção."

A educação além de direito do encarcerado, é também uma condição para a inclusão social, além de proporcionar momentos em que o indivíduo pode passar fora de sua cela, tendo contato com outras pessoas e outros tipos de informações.

O Estado precisa desenvolver projetos e quebrar a barreira do preconceito, visando levar profissionais da educação para dentro das penitenciárias, que se disponham a ter um contato direto com esses indivíduos, proporcionando conhecimento e aprendizagem. Afinal como a nossa própria Constituição Federal de 1988 estabelece no seu artigo 205: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

Falar em ressocialização é falar de educação, pois trata-se de um dos meios mais eficazes em fazer o indivíduo enxergar e concluir que pode ocupar um lugar digno e cumprir

o seu papel de cidadão na sociedade.

5. REMIÇÃO DA PENA

O instituto da remição consiste na possibilidade descontar dias de sua pena por meio da realização de trabalho ou estudo, conforme artigo 126 da Lei de Execução Penal. No caso do trabalho, o preso tem o direito de descontar um dia de pena a cada três trabalhados. Importante destacar que a Lei restringe a remição pelo trabalho apenas nos casos de regime fechado ou semiaberto, não abrangendo o condenado em regime aberto ou livramento condicional. A Lei admite ainda o trabalho interno ou o extramuros, desde que o preso seja autorizado pela administração da penitenciária.

A remição pelo estudo foi uma inovação trazida pela Lei nº 12.433/2011, que incorporou ao artigo 126 da LEP essa possibilidade que funciona da seguinte maneira: (MIRABETE; FABBRINI, 2014, p. 252):

O estudo que autoriza a remição é o desenvolvido mediante freqüência a atividades de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou, ainda, de requalificação profissional, no interior do estabelecimento penal ou no meio externo, nos casos de condenados beneficiados pela concessão da saída temporária no regime semiaberto (arts. 122, II, e 124, §2º) ou que se encontram em regime aberto ou no gozo do livramento condicional. Admite-se que as atividades educacionais sejam desenvolvidas por metodologia de ensino a distância. Em todos os casos exige-se para o cômputo dos dias de estudo na remição a certificação de freqüência ao curso pelas autoridades educacionais competentes.

O problema começa quando o Estado não consegue oferecer possibilidades e vagas de trabalho e estudo para todos que desejam realizar essas atividades. No caso do trabalho, por exemplo, ele é um dever (art. 31 da LEP) e ao mesmo tempo um direito do condenado (art. 41, II da LEP). Sob essa ótica entende-se que se o indivíduo que deseja trabalhar não consegue por causa de uma ineficiência do Estado, este deveria ser beneficiado pela remição como se estivesse trabalhando normalmente. É o que defende Rogério Greco em sua obra: (2014, p. 517):

Caso o Estado, por intermédio de sua administração carcerária, não o viabilize para que sejam cumpridas as determinações contidas na Lei de Execução Penal, poderá o juiz da execução, diante da inércia ou da incapacidade do Estado de administrar a coisa pública, conceder a remição aos condenados que não puderam trabalhar.

Autores contra essa idéia dizem que seria uma *concessão automática da remição*. Mas não é isso que se busca, e sim uma forma de punição direcionada ao Estado, por não disponibilizar um direito previsto em Lei aos condenados.

Além de não beneficiar o preso, a falta de trabalho e estudo prejudica o funcionamento da própria penitenciária, pois há índices que comprovam que as tentativas de

fuga são muito maiores nas unidades em que os detentos não exercem atividades laborativas e educacionais.

CONCLUSÃO

Podemos perceber que na teoria os detentos que ocupam as penitenciárias brasileiras possuem vários direitos e deveres, mas na prática as coisas não ocorrem como o previsto. Para amenizar os problemas carcerários é preciso como já dito, voltar a origem da pena e concluir qual seu verdadeiro objetivo.

Se objetivo for apenas punir me parece que estamos indo no caminho certo, em contrapartida, esse caminho não está apresentando resultados relevantes para a diminuição da criminalidade brasileira, continuamos prendendo cada vez mais, e recuperando cada vez menos indivíduos. E é nesse ponto que esse trabalho se objetivou a chegar, o verdadeiro objetivo da pena privativa de liberdade deve ser sempre ressocializar o indivíduo, para o reinserir de volta à sociedade.

O planejamento é necessário e urgente, e este deve ser não apenas financeiro, mas também comportamental. Começando pelo governo que deve dedicar tempo a essa população, passando pelos agentes penitenciários e demais funcionários que também devem ter direito a um lugar seguro de trabalho e o dever de manter bons relacionamentos, chegando até os detentos que também possuem direitos e garantias previstos em Lei, independentemente do que os levaram até essa situação de encarceramento. Por fim refletindo na nossa sociedade e na maneira em que vamos receber esses indivíduos após o cumprimento de suas penas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECARRIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- CARANDIRU. S.I.:Columbia Pictures, 2003.
- GRECO, Rogério. Curso de direito penal: vol 1: parte geral. 16 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.
- INFOPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN. DEPEN: Departamento Penitenciário Nacional, 2014.
- JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho. Dos direitos humanos do preso. São Paulo: Lemos & Cruz, 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. Manual de direito penal: vol. 1: parte geral. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Carolina Bessa Ferreira. A educação escolar nas prisões: uma análise a partir das representações dos presos da penitenciária de Uberlândia (MG). Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ep/v39n4/aop894.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

PLANALTO. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

PLANALTO. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

PLANALTO. Lei nº 12.433, de 29 de junho de 2011.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Prisão e trabalho: uma análise comparativa do sistema penitenciário italiano e do sistema brasileiro. Curitiba: Editora Universitária Champagnat, 1994.

VARELLA, Drauzio. Estação Carandiru. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ANÁLISE E APLICAÇÃO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA NO MARCO CIVIL DA INTERNET

Luna STIPP¹

Fernando de Brito ALVES²

RESUMO

O presente artigo procurou analisar a participação popular na construção do marco civil da internet como meio de fomento da democracia deliberativa e o desenvolvimento da ação comunicativa de Jürgen Habermas, filósofo, que propôs superar a racionalidade instrumental através da ação comunicativa para isso observou-se as características e objetivos desta forma de governo e como a ação comunicativa se desenvolveu no espaço cibernético mais precisamente no momento da criação do seu marco civil, objeto da análise e aplicação do instituto político, onde os mais diversos atores tiveram fertilizadas suas ideias, expandindo o contato com os variados argumentos e discursos, assim puderam participar ativamente na construção dos pensamentos e normas que se estabeleceram pressupostos estes de uma democracia deliberativa.

PALAVRAS-CHAVE: Marco civil; democracia deliberativa; participação popular; ação comunicativa; Jürgen Habermas

ABSTRACT

This article aims to analyze popular participation in the construction of “marco civil” of the internet as a means of promoting deliberative democracy and the development of communicative action of Jürgen Habermas, a philosopher who proposed to overcome the instrumental rationality by communicative action for it was observed the characteristics and objectives of this form of government and how the communicative action developed in cyberspace more precisely at the time of creation of their civil landmark, object of analysis and implementation of the political institute, where various actors had fertilized their ideas, expanding the contact with different arguments and speeches, so they could actively participate in the construction of thoughts and rules that established these assumptions of a deliberative democracy.

KEY-WORDS: “Marco civil”; deliberative democracy; popular participation; communicative action; Jürgen Habermas

1 Luna Stipp, atua como advogada, conciliadora na Justiça Estadual, professora, trabalha no Laboratório de Ciências Sociais Aplicadas, vinculado ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP financiada pela CAPES-Fundação Araucária, mestra em Ciências Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP , especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Uniderp, graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

2 Advogado. Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE / Bauru-SP (2012). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP . Possui graduação em Filosofia pela Universidade do Sagrado Coração e graduação em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro da Universidade Estadual do Norte do Paraná, é especialista em "História e historiografia: sociedade e cultura" pela Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras da mesma Universidade. Atualmente é Assessor Jurídico da UENP, Editor da Revista Argumenta (Qualis B1), e da Revista Intervenção, Estado e Sociedade [RIES], professor adjunto da UENP, onde coordena o Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica, e professor das Faculdades Integradas de Ourinhos. Realizou estágio de pós-doutorado no Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2013-2014). Tem experiência na área de Filosofia Política e Direito.

INTRODUÇÃO

O marco civil da internet instituído na Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, foi uma verdadeira conquista para a expansão e consolidação da informação na democracia deliberativa no âmbito cibernético do Brasil. Estabeleceu direitos, princípios e garantias norteadoras da atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação ao uso da internet, além de conceber importantes avanços na constitucionalização de direitos fundamentais já existentes no Estado Democrático brasileiro.

Neste contexto, a proposta do presente trabalho é verificar, por meio do método de revisão bibliográfica, os desafios que foram enfrentados para a promoção e aplicação do marco civil da internet no contexto social brasileiro de modo a relacioná-lo com os objetivos apresentados no desenvolvimento e concretização de uma democracia deliberativa. Concomitante a essa análise pretende-se observar também a importância da Teoria da ação comunicativa proposta por Jürgen Habermas na constituição do marco civil dando enfoque à participação popular na proposta de construção de uma democracia deliberativa.

O objetivo desta Teoria foi superar a racionalidade instrumental, ampliando o conceito da ação comunicativa que no espaço cibernético alcançou seu ápice à medida que através das redes tecnológicas de informação e comunicação os mais diversos atores tiveram fertilizadas as possibilidades de entrar em contato com os variados argumentos e discursos, além de poderem participar ativamente na construção dos pensamentos e normas.

Deste modo, o acesso à internet permitiu o intercâmbio de informações e conhecimento, bem como contribuiu para o desenvolvimento social, isso porque possibilitou a inclusão de algumas minorias marginalizadas nos mais distintos temas e espaços, portanto dando ênfase ao procedimento dialético como meio de preservar a socialização que é dado pelo respeito às diferentes opiniões e através da fundamentação das proposições um dos alicerces da democracia deliberativa.

Assim, primeiramente analisam-se os objetivos e anseios que a democracia deliberativa pretende alcançar para posteriormente verificar sua aplicação dentro do âmbito de uma sociedade plural e tecnológica que cada vez mais utiliza o ciberespaço como meio de fomento e prática deste instituto político.

Posteriormente, examina-se a aplicação da Teoria da Ação comunicativa de Jürgen Habermas com enfoque na importância da participação popular como forma de promover e guiar as discussões políticas e edição de Leis dentro do âmbito específico da internet para ao final verificar como esse processo consolidou o acesso à internet como um fomento ao

desenvolvimento de direito fundamental a cidadania.

DEMOCRACIA DELIBERATIVA

A complexidade é uma das características mais evidentes das sociedades modernas, assim em decorrência desta peculiaridade somados a sua pluralidade estabelece-se um desafio calcado na dificuldade em interpretar os fenômenos que podem nela serem observados, como consequência desta diversidade tem-se uma árdua tarefa ao estabelecer qual modelo político mais adequado e que deverá ditar as suas regras de forma que seja aceita e respeitada dentro da sociedade disposta a aplicá-lo.

De maneira geral, após a Segunda Grande Guerra o capitalismo ocidental através de uma escolha jurídico-política adotou a democracia como modelo político. Todavia, não há um padrão ideal a ser seguido o que torna necessário que se debruce sobre a matéria de modo a alcançar a efetivação das garantias e sanar os anseios sociais de determinada sociedade, já que o próprio conceito de democracia, de definição muito densa, como poder que emana do povo, se apresenta como um método de construção de vínculos sociais, sobretudo, de consensos sociais. (MENDES, 2013, p.145)

Não se deve perder de vista que este instituto é algo plástico, passível de ajuste para cada contexto histórico-nacional, de modo que cada povo deve encontrar uma democracia possível (ALVES, 2013, p.32) e para isso é pressuposto de uma das vertentes de estudo que para a construção e sedimentação do Estado Democrático seja promovida dentre outros meios através do debate que é dado pela participação popular requisito este necessário para efetivação de uma das formas de se analisar a democracia, mais precisamente a chamada democracia deliberativa.

Neste passo é que o filósofo Alemão Jürgen Habermas desenvolve seus estudos e concepção de democracia, ou seja, através da racionalidade comunicativa, desatrelado, portanto de um essencialismo (existe uma lógica a ser desvendada pela análise) ou norma, concentra-se na tentativa de fazer uma perspectiva que leve a compreensão social. Deste modo, a sua teoria democrática não está embasada em uma noção substantiva de justiça, isso porque ela enfatiza o procedimento dialético como meio de preservar a socialização que é dado pelo respeito às diferentes opiniões e através da fundamentação das proposições.

Jürgen Habermas é considerado o responsável pelo retorno do ideal deliberativo aos nossos tempos e defende a ideia de que a fonte fundamental de legitimidade é o julgamento coletivo das pessoas. Isso não deve ser encontrado em uma vontade popular instintiva, mas em um conjunto disciplinado de práticas definidas pelo ideal deliberativo. (GUTMANN, A.

Thompson, D.2007. p.25)

A complexidade observada no mundo da vida aumenta as possibilidades e construção das novas práticas comunicacionais que acabam por diferenciar os próprios integrantes da sociedade. A aglutinação de discussões e suas conclusões acerca de assuntos específicos podem ser compreendidas como um movimento espontâneo, que surge historicamente e se desenvolve com a base material da sociedade (LEITE, 2016, p.38).

Todavia, a diversidade na forma de comunicação não pressupõe que seja o mesmo caminho percorrido quando se analisa o interesse, ou seja, é possível verificar uma vontade comum bastando apenas que haja a institucionalização de “condições de comunicação e procedimento” para produzir o direito legítimo (LEITE, 2016, p.53). Deste modo, respeitando esse pressuposto é possível a concretização do modelo denominado democracia deliberativa.

Amy Gutmann e Dennis Thompson no texto intitulado: O que significa democracia deliberativa? Esclarecem:

Podemos definir democracia deliberativa como cidadãos livres e iguais (e seus representantes) justificam suas decisões, em um processo no qual apresentam uns aos outros motivos que são mutuamente aceitos e geralmente acessíveis, com o objetivo de atingir conclusões que vinculem no presente todos os cidadãos, mas que possibilitem uma discussão futura. (GUTMANN, A. Thompson, D.2007. p.23)

Nele também é possível aduzir suas características sendo a primeira delas a necessidade de justificação, através desta peculiaridade cidadãos e representantes devem explicar as leis e decisões que forem impostas de forma que ambos atores devem responder aos impulsos gerados pelo retorno dos atos. Deste modo, o sujeito não é tratado apenas como objetos a serem governados, mas sim como atores ativos que estão incorporados no governo através de seus representantes.

Portanto, quando os partícipes respondem ou apresentam os motivos de suas posturas ou dúvidas pretendem-se com isso mostrar os valores que estão embutidos e que representam o respeito mútuo. Assim, os motivos que a democracia deliberativa pede que os cidadãos e seus representantes dêem deveriam recorrer aos princípios que os indivíduos que estão tentando encontrar termos justos de cooperação não podem rejeitar, sensatamente. (GUTMANN, A. Thompson, D.2007. p.19)

Já a segunda característica está relacionada à acessibilidade que se vincula a uma questão de compreensão dos motivos exposto, isso pressupõe, uma publicidade do discurso alçando a coerência quando do alcance e possibilidade de questionamento dos motivos, assim acessíveis e compreensíveis quando o seu conteúdo essencial pode ser arguido e racionalmente justificado.

Quanto à terceira característica tem-se a necessidade de produção de decisões que possam ser vinculativas por certo tempo, isso porque a intenção é que possam influenciar e justificar os posicionamentos escolhidos para serem adotados, devendo ser alteradas se as circunstâncias assim também o forem e essa dinâmica é a quarta característica deste instituto.

Ela mantém aberta a possibilidade de um diálogo continuado, no qual os cidadãos possam criticar decisões prévias e seguir em frente nas bases dessa crítica. (GUTMANN, A. Thompson, D.2007. p.22) assim os temas ficam suspensos até que haja um novo questionamento que os tragam a baila.

Através desse modelo que pressupõe a utilização de mecanismos racionais é possível estabelecer condições de comunicação deliberativa por todo processo político de modo a se alcançar um conceito procedimental da política deliberativa. Assim, ao se estabelecer as regras para tomadas de decisões públicas pretende-se garantir a justiça política, já que não há a interferência de conteúdos axiológicos que deverão ser discutidos apenas nos ambientes apropriados.

A democracia em seu modelo deliberativo possibilita a ligação do direito com a força legitimadora soberana do povo, uma vez que os procedimentos nela contidos são a institucionalização da lógica discursiva e de suas condições (LEITE, 2016, p.54) de modo que a deliberação passa a ser considerada uma das fontes da democracia.

Importante esclarecer, contudo que na atualidade este instituto não se preocupa apenas (ou não deveria) com o elemento puramente procedimental dos processos de deliberação, mas com o quão inclusivo eles podem ser, isso para evitar que ocorra uma espécie de exclusão informal (à forma que ocorreu na modernidade) (ALVES, 2013 p.102) o que é possível de ser superada através do processo de complementação do entendimento incompleto que ocorre através da correção realizada de forma crítica.

Isso demonstra o quão inclusivo esse processo pretende ser e isso é capaz de ser alcançado ao se depositar no julgamento coletivo das pessoas o fundamento da legitimidade das decisões. Portanto, a existência de um conjunto disciplinado de práticas definidas pelo ideal deliberativo (GUTMANN, A. Thompson, D.2007. p.25) vem apenas ratificar e garantir a efetivação da inclusão.

O que faz a democracia deliberativa democrática é uma definição expansiva de quem está incluído no processo de deliberação- uma resposta inclusiva à pergunta de quem tem o direito (e a efetiva oportunidade) de deliberar ou de escolher os deliberadores, a quem os mesmos devem suas justificativas. (GUTMANN, A. Thompson, D.2007. p.26)

A que se advertir e esclarecer que esse instituto pode-se demonstrar exclusivo em

diversas formas, excluindo algumas pessoas não por restrições legais ou formais, como fizeram anteriormente os políticos deliberativos, mas por regras informais definindo o que conta como propício para deliberação. (GUTMANN, A. Thompson, D.2007. p.19)

Estabelecidas as características do instituto a que se esclarecer, ainda, quais são seus objetivos, para tanto parte-se do pressuposto que o objetivo geral da democracia deliberativa é lidar com a discordância moral na política sendo assim, ela acaba por se relacionar e estar vinculada a realização de outros objetivos.

Através do primeiro objetivo que versa sobre a legitimidade das decisões coletivas é possível que se busque respostas para questões de escassez de recursos, com isso frente à escassez, a deliberação pode ajudar aqueles que não conseguem o que querem, ou mesmo o que precisam, a aceitar a legitimidade de uma decisão coletiva. (GUTMANN, A. Thompson, D.2007. p.26), de forma a afastar a barganha e se apoiar no verdadeiro mérito da norma ou decisão.

Já ao se pensar na limitação em relação à generosidade que se propaga no meio público tem-se o segundo objetivo que se pretende alcançar com a democracia deliberativa que é o encorajamento das perspectivas públicas nos assuntos públicos, estimulando o altruísmo dos participantes, isso porque os cidadãos tendem a ter um panorama mais amplo das questões em um processo nos quais os motivos morais são apresentados do que em um processo no qual o poder político é a única moeda corrente. (GUTMANN, A. Thompson, D.2007. p.27),

O terceiro objetivo visa promover processos reciprocamente responsáveis na tomada de uma decisão de forma que esta esteja vinculada ao mérito moral que deve estar presente quando se decide tomar uma decisão, o que, de fato, não pressupõe o seu êxito, ou seja, é possível que mesmo coletivamente observando os objetivos pré-estabelecidos, proceda de forma incorreta.

Assim, para que este equívoco que pode ser decorrente de um entendimento incorreto das discussões dos atores possa ser sanado é que o quarto objetivo surge. Propondo superar o mal entendido na comunicação entre os participantes através de um local em que possam discutir o que não foi compreendido, reconhecer os erros e desenvolver novos pontos de vista, sendo a utilização de um fórum deliberativo bem constituído o responsável por essa promoção e que será com profundidade estudado mais a diante no processo de desenvolvimento do marco civil.

Quando os cidadãos barganham e negociam, eles podem aprender como conseguir melhor o que querem. Mas quando estes deliberam, eles podem expandir seu conhecimento, incluindo tanto seu autoconhecimento quanto o seu entendimento

coletivo acerca do que servirá melhor a seus concidadãos. (GUTMANN, A. Thompson, D.2007. p.27),

Importante nesse passo que se respeite a dinâmica das discussões, reconhecendo que mesmo diante de situações que se mostram evidentes por si é possível que haja novos questionamento que tragam a baila novas perspectivas sobre as questões, decorrência esta natural do próprio processo evolutivo que a sociedade está submetida.

Diante deste modelo de democracia é possível aliar as novas tecnologias como ferramenta para sua efetivação e nesse passo é que irá ser verificado como se deu a implementação deste instituto no âmbito específico do marco civil da internet no Brasil.

O PROCESSO DE ELABORAÇÃO DO MARCO CIVIL

A participação popular tem se constituído como uma área de pesquisa bastante ínsita. Nas últimas décadas, esta, juntamente com a democracia deliberativa, passou por uma série de questionamentos e reformulações na ânsia de um maior resgate do poder do povo, de modo a estimular e desenvolver formas de políticas inclusivas e participativas.

Soma-se a isso a função que a comunicação digital desempenha na sociedade atual, que se encontra em transição para um mundo cada vez mais complexo e globalizado e interligado por redes digitais (PEDRO, 2010, p.28).

Neste contexto, as inovações tecnológicas surgem como uma nova forma de inclusão social, aumentando assim a possibilidade de efetivação da participação do povo e divulgação das informações públicas, além de viabilizar a interação entre governantes e governados.

Adverte-se que o tema da inclusão na sociedade digital tem sido problematizado a partir de sua inserção em um terreno político mais amplo, entendendo que os avanços tecnológicos comportam certo paradoxo (PEDRO, 2010, p.114), já que a exclusão que há na esfera social também é observada no âmbito tecnológico.

Entretanto, certo é que os ambientes e as experiências modernas ultrapassam todas as fronteiras da geografia e etnias, das classes e nacionalidade, religiões e ideologias: neste sentido pode-se dizer que a modernidade une toda humanidade (ANDERSON, 1984)

Observa-se que neste espaço as informações são transferidas de um ponto a outro em uma rede digital multirramificada que não necessita mais da presença física do homem: porquanto aqui tudo acontece mediante impulsos eletrônicos e “imagens anônimas”, impessoais (SIEBENEICHLER, 2010, p.11).

Os mesmos mecanismos tecnológicos de que se valem os indivíduos para entabular suas relações interpessoais passaram a ser utilizados, nos últimos anos, como ferramentas para

a ampliação, pelos governos, do acesso às informações relacionadas aos seus mandatos. (SALDANHA; MACHADO, 2015, p.400).

Concomitantemente ao nascimento desses novos espaços e formas de interação passa a ser necessário a existência de normas que regulamentem as condições de sua utilização, além de instituir os direitos e deveres de seus usuários, prestadores de serviço e estabelecer o papel do Poder Público nesta relação e com este intuito é que foi criado o marco civil da internet.

Neste passo o que se pretende alcançar é uma racionalidade jurídica, isso porque, ao reger uma comunidade concreta, conecta-se com elementos teleológicos, para além dos estritamente deontológicos (DUTRA, 2010, p.124)

A ideia ventilada por Ronaldo Lemos em 2007 nasceu da análise dos países mais desenvolvidos e cuja população já fazia uso da internet, no Brasil estudava-se na época a criação de uma Lei que fizesse previsões de crimes virtuais. Todavia, observou o estudioso que para se tratar de penas no caso das inovações, um país precisa ter regras civis claras, que permitissem segurança e previsibilidade nas iniciativas feitas na rede (como investimentos, empresas, arquivos, bancos de dados, serviços etc.). As regras penais devem ser criadas a partir da experiência das regras civis.(LEMOS, 2007, online)

Assim, iniciou-se uma parceria entre a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) e a Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas que lançaram em 29 de outubro de 2009, o projeto para a construção colaborativa de um Marco Civil da Internet no Brasil. (online)

O processo foi dividido em duas fases, na primeira com duração de cerca de 45 (quarenta e cinco dias) discutiu-se ideias, princípios e valores a partir de um texto base produzido pelo Ministério da Justiça que sinalizava os principais temas pendentes de regulamentação e os possíveis caminhos que poderiam ser seguidos.

Já na segunda fase alterou-se apenas o parâmetro que passou a ser a própria minuta do anteprojeto objeto do debate.

No relatório compilado de comentários apresentados na primeira etapa do marco civil consta que houve cerca de 800 (oitocentas) contribuições, entre comentários, e-mails e referências propositivas em sites (2010, online) , efetiva prática da característica da democracia deliberativa acima estudada.

Aparentemente um número pouco significativo se comparado com a quantidade de usuários brasileiros que poderiam ter participado, entretanto a qualidade das argumentações e debates civilizados que se verificou naquele contexto contribuíram de forma significativa para

o rumo das diretrizes normativas e, além disso, retratou o início e fomento de um novo espaço para debates e efetivação da democracia deliberativa.

Verifica-se que as trocas de informações e as reivindicações potencializam a articulação de diversos pontos de vista e promovem, em tese, o empoderamento de indivíduos tradicionalmente excluídos ou marginalizados dos âmbitos de negociação próprios à democracia representativa (SALDANHA; MACHADO, 2015, p.399).

Com isso, a forma com que o marco civil da internet foi elaborado significou um incipiente processo que alargou a possibilidade de participação popular na condução e contribuição no estabelecimento dos direitos e responsabilidades relativas à utilização dos meios digitais e de forma inovadora ao incentivar ativa e diretamente os atores sociais através da própria internet.

No Brasil, tem-se informação através da TIC Domicílios 2015, que mede a posse, o uso, o acesso e os hábitos dos brasileiros em relação às tecnologias da informação, uso de internet e comunicação, retratou que 58% da população brasileira faz uso da internet em 2015. (BOCCHINI, 2016, online)

Fato é que a unidade marcada pela horizontalidade das redes favorece a colaboração e a solidariedade, e de certo modo substitui-se a necessidade de uma liderança formal e centralizada, própria dos moldes próprios às estruturas políticas tradicionais (SALDANHA; MACHADO, 2015, p.399).

Como consequência o desenvolvimento desse novo meio de participação do povo fomentou a consolidação de direitos previstos constitucionalmente dentre eles indiretamente o da cidadania, a medida que o povo atuou diretamente na construção de diretrizes normativas sem a intervenção de representantes.

O desenvolvimento deste processo coaduna com os ideais desenvolvidos por Jürgen Habermas um dos atuais estudiosos da democracia deliberativa que dentre outras teorias desenvolveu a da ação comunicativa que se pretende aprofundar.

TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA PROPOSTA POR JUNGER HABERMAS

Jürgen Habermas é considerado um crítico das práticas sociais e um dos principais herdeiros da Escola de Frankfurt, fundada com um dos intuitos de estudar os fenômenos sociais. Contemporâneo de mestres filósofos como Theodor W. Adorno e Max Horkheimer, Jürgen Habermas rompe com o paradigma da consciência calcado no ideal do pensador solitário para investigar o sujeito como parte de uma coletividade social.

Afirma Habermas,

eu pretendo arguir que uma mudança de paradigma para o da teoria da comunicação tornará possível um retorno à tarefa que foi interrompida com a crítica da razão instrumental; e isto nos permitirá retomar as tarefas, desde então negligenciadas, de uma teoria crítica da sociedade (HABERMAS *apud* PINTO, 1995, p.77-96).

Convém esclarecer que no agir instrumental, o fim consiste na obtenção de conhecimentos ou na possibilidade de um controle técnico, ao passo que o fim do agir comunicativo reside no próprio entendimento e no possível acordo intersubjetivo quanto a pretensões de validade racional (SIEBENEICHLER, 2010, p.22).

Neste passo o filósofo para a construção da Teoria do Agir comunicativo fez um percurso intelectual que considerou:

1. No sistema social são ativas várias formas de racionalidade, as quais são em si e para si, legítimas;
2. A racionalidade técnica e econômica tendem, contudo, a submeter todos os âmbitos da existência humana, oprimindo as outras formas de racionalidade e provocando problemas sociais;
3. A solução desses problemas deve consistir em rechaçar a racionalidade técnica e econômica para que possa desenvolver-se o potencial emancipatório da racionalidade social já presente na sociedade (PINZANI, 2009, p.36-37).

Deste modo, Habermas tentou entender a sociedade contemporânea por meio da reconstrução dos momentos mais importantes que contribuíram para a autocompreensão da modernidade (PINZANI, 2009, p.97). E para isso, buscou consolidar sua teoria na racionalidade o que para a época em que há o predomínio do relativismo pareceu um desafio.

Além disso, pretendeu que a utilização de conceitos relacionados à teoria da ação comunicativa possibilitasse a construção de uma teoria da modernidade que possuísse seletividade para o fenômeno sócio-patológico, e com esse intuito debruçou-se para desenvolver na sua teoria da sociedade servindo-se de um conceito de racionalidade comunicativa que traga à tona o conteúdo normativo de qualquer comunicação orientada pela compreensão (PINZANI, 2009, p.98).

Assim, finca sobre um contexto social moderno marcado pela emancipação humana e diversidade político cultural as bases na qual desenvolve e propõe o que chamou de Teoria da Ação Comunicativa (TAC). Habermas propõe com ela a consolidação de espaços públicos autônomos que abarcam os diversos grupos sociais de maneira a fomentar a comunicação intersubjetiva na ânsia de resolução dos problemas que marcam a sociedade moderna.

Compartilham deste mesmo ideal Wittgenstein e Heidegger ao notarem que, em última instância, o discurso é condição de possibilidade do próprio conhecimento, e não algo à disposição do sujeito: não se fala mais num “sujeito solitário”, mas numa comunidade que antecipa qualquer constituição de sentido (STRECK, 2013, p. 12)

Neste passo observa-se a importância de Wittgenstein na construção do pensamento

de Habermas, isso porque o modelo wittgensteiniano fornece a Habermas elemento fundamental para a construção da teoria do agir comunicativo e que consiste na compreensão da linguagem como ação, isto é, sua ligação indissolúvel a um contexto de ações, exigindo que seu estudo se baseie em seus diferentes usos (BOTELHO, 2012, p.204).

Ao pensar na racionalidade embutida na estrutura da comunidade, Habermas percebe que a linguagem é o *telos* do entendimento e que este ocorre com a validade da fala de quem profere o discurso e seu entendimento pelo ouvinte. Neste momento ocorre o êxito ilocucionário da fala, interpreta-se, portanto que ao afirmar que o êxito ilocucionário de um ato de fala é medido pelo reconhecimento intersubjetivo de uma pretensão de validade levantada, Habermas pressupõe a existência de uma situação de comunicação em que os partícipes podem assumir papéis de falante e ouvinte (HABERMAS, 2004, p.109).

Para isso, é pressuposto que os atores sejam racionais que se orientem por pretensões de verdade visando o alcance de um consenso intersubjetivo entre os participantes e isso é obtido pela discussão argumentativa das validas pretensões.

O interesse fundamental do filósofo não se desvincula do contexto em que o sujeito está inserido, isso porque propõe a reconstrução das condições realmente existentes, na verdade sob a premissa de que os indivíduos socializados, quando no seu dia-a-dia se comunicam entre si através da linguagem comum, não têm como evitar que se empregue essa linguagem também num sentido voltado ao entendimento.(HABERMAS, 1993, p.98)

Neste diapasão, ressalta-se a importância da mudança de paradigma que antes era voltado á filosofia do sujeito para voltar-se ao paradigma da comunicação, já que:

No paradigma da comunicação proposto por ele o sujeito cognoscente não é mais definido exclusivamente como sendo aquele que se relaciona com objetos para conhecê-los ou para agir através deles e dominá-los. Mas como aquele que, durante seu processo de desenvolvimento histórico, é obrigado a entender-se junto com outros sujeitos sobre o que pode significar de fato “conhecer objetos” ou “agir através de objetos”, ou ainda, “dominar objetos ou coisas” (SIEBENEICHLER, 2003, p.60).

Deste modo, a participação popular é de fundamental importância para o desenvolvimento de sua teoria da ação comunicativa. Convém, entretanto, esclarecer que para Habermas “‘a participação’ significa aqui uma participação geral, a base da oportunidade igual, em processos discursivos de formação de vontade” (HABERMAS, 2002, p. 167).

Neste contexto, o agir comunicativo apresentado por ele pode ser observado na interação que ocorreu no processo de elaboração do marco civil da internet já que, assim como em sua teoria determinou-se uma concepção de linguagem e entendimento desenvolvendo-os no contexto da teoria do significado. Segundo Habermas:

O problema da coordenação coloca-se a partir do momento em que o ator só pode executar o seu plano de ação de modo interativo, isto é, com o auxílio (ou mediante a omissão de auxílio) de pelo menos um outro ator. Do modo de *Alter* conectar seus planos e ações aos planos e ações de *Ego* resultam diferentes tipos de interações mediadas linguisticamente. (HABERMAS, 2002, p.71)

A ação comunicativa, portanto, utiliza a linguagem como veículo de sentido e vê na cooperação interpretativa dos participantes o êxito para obtenção de um acordo que é condição pressuposta para o prosseguimento dos planos individuais dos participantes. Nos seus dizeres, isso porque a *ação comunicativa* é entendida como uma interação simbólica mediada. Orienta-se de acordo com *normas intersubjetivamente vigentes* que definem expectativas recíprocas de comportamento e que têm que ser entendidas e reconhecidas por ao menos dois sujeitos (HABERMAS, 2007, p.68-69).

Portanto, quando se alcança um acordo concomitantemente os participantes atingem o significado da situação em relação às questões que foram debatidas e expectativas de normatividade aplicável, e isso, é possível dentro do contexto histórico-sócio e cultural que estão inseridos de modo a implementar as relações interpessoais através da comunicação.

Deste modo, é pressuposto que as interações comunicativas exigem que as ações sejam coordenadas dentro de um mundo da vida intersubjetivamente compartilhado, sendo que o acordo alcançado em cada caso é medido pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade (HABERMAS, 2002, p.79).

Destes fatos tem-se a suposição de que as pretensões de validade apresentadas na ação comunicativa poderão ser justificadas caso contrário deverão ser suspensas para serem analisadas tematicamente, essa análise é resgatada no discurso, uma vez que neste há o questionamento das pretensões de validade através de uma discussão argumentativa.

Pela discussão argumentativa, pretende-se chegar ao consenso que nada mais é que um estado da discussão e não o seu fim. Assim, salutar a consideração de todos os argumentos envolvidos no procedimento para que a decisão seja capaz de considerar e regular os atos dos participantes.

Neste passo, observa-se que a opinião pública transformada em poder comunicativo segundo procedimentos democráticos não pode “dominar”, mas apenas direcionar o uso do poder administrativo para determinados canais (HABERMAS, 2002, p.282) como de fato pretendeu o marco civil ao utilizar desse poder para traçar as diretrizes legais.

Como foi possível alcançar o caráter da informação de, simultaneamente, construir-se no social e construir o social. Informação não seria, assim, algo que circula e que devemos “captar”, mas antes o que se constrói e se elabora em comum (PEDRO, 2010, p.115)

Sob esse enfoque analisa-se que foram construídas as bases normativas para a constituição do marco civil da internet que dentre outras previsões e garantias preocupou-se com a efetivação dos direitos fundamentais nela estabelecidos, mas isso, será objeto de uma análise posterior, antes, faz-se necessário verificar mais detidamente o processo de elaboração do Marco Civil onde a participação dos usuários foi fundamental.

O DIREITO FUNDAMENTAL A CIDADANIA NO MARCO CIVIL

Sob a égide do direito de exercício da cidadania garantido na Lei Maior e vislumbrando a necessidade de extensão e promoção dos espaços tecnológicos o Marco Civil assegurou, dentre outros, o direito a garantia à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações como condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

O Marco Civil na internet ao tratar o acesso à rede como exercício essencial a cidadania reconheceu o homem como ser social e pretendeu garantir a consolidação do regime democrático, que como bem estuda Fernando de Brito Alves e Luis Otávio Vincenzi de Agostinho em *Breves Notas sobre a Cidadania no Brasil contemporâneo* (ALVES; AGOSTINHO, 2015, p.250);

A cidadania é uma condição complexa, deve ser considerada como um antecedente lógico da democracia. É a aptidão-direito do homem a ter direitos, que deriva da própria condição humana, a qual lhe é ínsita. O fato de não se poder separar cidadania de condição humana, não lhe imprime um caráter de naturalidade. Ela é um construto histórico. Não obstante, chega-se, hoje, a uma aporia, sem resposta aparente: negar a condição de cidadania a alguém é negar-lhe a própria humanidade. Há como uma retomada da concepção aristotélica de homem: ele é um animal político, incapaz de viver sem conexões com a cidade, entenda-se que o homem só adquire humanidade quando lhe é reconhecido um direito fundamental de existência, o direito a ter direitos.

Sendo assim, salutar a participação do povo para traçar diretrizes e estabelecer normas como forma de efetivar o direito constitucional de exercício da cidadania que para Hannah Arendt é o “direito a ter direitos” como efetivamente ocorreu na elaboração da Lei 12.965.

A publicação da Lei nº12.965, em 18 de novembro de 2011, representou uma grande contribuição ao referido movimento de avanço de uma cultura jurídico-política de transparência e de acessibilidade aos dados governamentais (SALDANHA; MACHADO, 2015, p.408)

Deste modo, o direito a cidadania não é exclusivo de determinado grupo social sendo o Estado responsável pela realização deste direito à medida que cabe a ele elaborar medidas e implementar normas para sua validação, neste ponto bem assevera MARSHALL

(MARSHALL, 1967, p.57), para que a igualdade no exercício dos direitos seja alcançada, coloca-se a necessidade de instrumentos que promovam a garantia de sua efetivação.

Nesta linha, José Carlos Vaz em *Uso da internet pelo governo e promoção da cidadania* (VAZ, 2003, online), ao estudar a relevância do direito a participação nos processos políticos apóia-se nas idéias do citado sociólogo-britânico que constrói seu pensamento calcado na idéia de que a cidadania deve ser pensada em três aspectos; político, social e civil. Com enfoque no primeiro ressalta que:

A participação no exercício do poder político, entendida como direito do cidadão, é o centro do elemento político do conceito de cidadania em Marshall. Assim, o direito de participar nos processos políticos de decisão de assuntos de natureza pública, quer seja como representante ou representado, incorpora uma dimensão a mais à cidadania, e sua consolidação nas sociedades ocidentais é um tema central na dinâmica do século XIX.

O acesso a internet como um direito ao exercício da cidadania é, portanto consequência de uma construção histórica e social resultante das transformações tecnológicas que proporcionaram o desenvolvimento de processos de afirmação de direitos por diversos atores sociais.

Sabe-se que no Brasil e em todo o mundo, parte das desigualdades entre pessoas e instituições é resultado da "assimetria no acesso e entendimento da informação" disponível, o que define a capacidade de agir e reagir de forma a usufruir seus benefícios (SILVEIRA,2001, online).

Todavia, este processo ainda está em fase de desenvolvimento já que constataram a inexistência de padronização na disponibilização das informações, falhas significativas quanto aos deveres de transparência ativa e passiva, além de diversos problemas quanto à usabilidade e à interoperabilidade dos referidos Portais (SALDANHA; MACHADO, 2015, p.410).

Neste viés, pode-se dizer que assim como a revolução francesa representou a universalização dos direitos do homem e concretização da cidadania ao estabelecer os direitos na época, hodiernamente o que se observa é que a abertura de plataforma destinada a diálogos e debates tornou possível a concretização efetiva deste direito proporcionando liberdade para os reais atores, cidadãos, sociais.

Especificamente, no caso do Marco Civil da internet, os debates ocorreram considerando a relevância e aplicação dos discursos perpetuados nas plataformas digitais sob os quais seriam desenvolvidos os direitos e garantias cibernéticas.

O incremento de redes de articulação relativamente autônomas voltadas à defesa de interesses políticos comuns vem contribuindo em grande parte para o fortalecimento destas demandas (SALDANHA; MACHADO, 2015, p.410).

Tornou-se necessário neste ponto garantir, como já citado, a liberdade de expressão nas comunicações e a garantia a privacidade, direitos esse que já em 1948 foram consolidados pela Organização das Nações Unidas no bojo da Declaração Universal dos Direitos humanos, mais precisamente em seu art.19 que determina que *todo homem tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser incomodado por suas opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias, por quaisquer meios de expressão, independentemente de fronteiras* (online)

Deste modo, a Lei 12.965, nada mais fez do que estender ao espaço cibernético um direito já firmado e reconhecido no seio da sociedade de forma que o dispositivo legal além de realçar a liberdade de expressão ainda resguarda o direito de acesso a informação.

Passos esses plenamente condizentes com as lições de Pietro Alarcón ao afirmar que a cidadania é a:

Situação ou condição do indivíduo vinculado juridicamente a vida do Estado e participando da direção da sociedade política. Atualmente, a cidadania indica um conjunto de práticas que outorgam ao indivíduo a qualidade de componente ativo da sociedade (ALARCÓN, 2007, p.50).

A Teoria da Ação Comunicativa ao se firmar dentro do chamado mundo vida que é considerado a partir do processo de entendimento no qual diferentes pessoas se entendem a partir de um pano de fundo comum sobre algo objetivo dos fatos, no mundo social das normas de ação do mundo subjetivo das vivências (OLIVEIRA, 2006, p.334) projeta para a esfera digital, mais especificamente para a plataforma de comunicação desenvolvida para estabelecer o marco civil, o locus do discurso na busca do consenso.

Por fim, percebe-se que a promoção dos direitos no “mundo vida”, ligados a comunicação, a interação social, considerando os meios tecnológicos disponíveis e abarcando a multiplicidade cultural de modo a salvaguardar e estimular o acesso e uso do espaço tecnológico cibernético são uns dos meios de efetivação da ação comunicativa proposta Habermas e conseqüentemente da cidadania.

CONCLUSÃO

O marco civil significou um grande passo na constituição das garantias de princípios e direitos a serem seguidos e respeitados no âmbito do espaço cibernético, mas mais que isso mostrou que é possível e eficaz o processo aberto e participativo de índole colaborativa no âmbito da própria rede como se deu quando de sua elaboração.

Assim, como na ação comunicativa que utiliza a linguagem como veículo de sentido e vê na cooperação interpretativa dos participantes o êxito para obtenção de um acordo, o

marco civil de forma similar ao levar a cabo a ideia de um amplo debate com a sociedade e possibilitar a interação da pluralidade de visões sobre o tema organizando diálogos presenciais e virtuais proporcionou a eficácia da ação comunicativa e contribuiu para a democracia participativa.

Observou-se, além disso, que as interações ocorreram dentro do que Habermas considera como “mundo vida” à medida que ela emergiu como condição de possibilidade de comunicação.

Neste contexto, verifica-se que as inovações tecnológicas surgem como uma nova forma de inclusão social, aumentando, portanto a possibilidade de efetivação da participação do povo e divulgação das informações públicas, além de viabilizar a interação entre governantes e governados.

Essa proximidade entre os cidadãos proporcionadas pelo espaço cibernético permite a maior efetividade dos direitos à medida que trabalha com atores que vivenciam as dificuldades e podem fomentar os debates com questionamentos construtivos, concretiza, portanto os objetivos traçados na construção de uma democracia deliberativa.

Deste modo, através da discussão argumentativa observada na elaboração do marco civil da internet pode-se chegar ao consenso normativo que nada mais é que um estado da discussão e não o seu fim, mas que vincula os atores por certo período, suficientes para justificar determinadas posturas e acompanhar o desenvolvimento da sociedade. Assim, salutar a consideração de todos os argumentos envolvidos no procedimento para que as normas fossem capazes de refletir as vontades dos participantes.

Portanto, o acesso a internet reflete um exercício da cidadania e da democracia deliberativa retratando a consequência de uma construção histórica e social plural que se inicia e é resultante das transformações tecnológicas e sociais que proporcionaram o desenvolvimento de processos de afirmação de direitos por diversos atores sociais através de novos espaços que tendem a aumentar a efetividade desses direitos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito; AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de. **Breves notas sobre a cidadania no brasil contemporâneo**. Revista Argumenta, Jacarezinho - PR, n. 5, p. 250-265, Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/52/52>>. Acessado em: 10 Jun. 2015.

ALVES, Fernando de Brito. Constituição e Participação Popular - A Construção Histórico-

Discursiva do Conteúdo Jurídico-Político da Democracia como Direito Fundamental. Juruá. 2013.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007

ANDERSON Perry. **Modernidad y Revolucion**, en Nicolás Casullo, El debate modernidad–posmodernidad, Bs. As., El cielo por Asalto, 1993. *Leviatán* núm. 16, verano de 1984

BOCCHINI, Bruno. **Pesquisa mostra que 58% da população usam internet**. EBC Agência Brasil. 13 de setembro de 2016. <http://agenciabrasil.ebc.com.br/pesquisa-e-inovacao/noticia/2016-09/pesquisa-mostra-que-58-da-populacao-brasileira-usam-internet>. acessado em 21.02.2017.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da Jurisdição Constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. Brasília-DF, 2012

DUTRA, Delamar J. V. **Poder comunicativo em Habermas**. Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (Ibict). Brasília. 2010

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasil, 2002.

_____. **A inclusão do Outro**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. **Ciência y Técnica como ideologia**. Madri: Tecnos, 2007.

_____. **Consciência Moral e Agir comunicativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

_____. **Passado como futuro**. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro-RJ. 1993.

LEITE, André Luiz de Aguiar Paulino. **Regulação da mídia: efetivação do direito à comunicação e aperfeiçoamento democrático no Brasil**. Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho/PR. 2016

LEMONS, Ronaldo. **Artigo: Internet brasileira precisa de marco regulatório civil**. Disponível em < <http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm> > acessado em 23.11.2015

Marco Civil da Internet entra em vigor. Disponível em <<http://culturadigital.br/marcocivil/sobre/>> acessado em 23.11.2015

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MENDES, Geisla Aparecida Van Haandel; MENDES, Ubirajara Carlos. **Configuração**

Democrática Participativa. Argumenta Journal Law, Jacarezinho- PR, n.17. Disponível em <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/237/234>>. Acesso em: 03 out. 2016

OLIVEIRA, Manfredo A. **Reviravolta Linguístico- Pragmática na Filosofia Contemporânea.** Edições Loyola, 2006.

PEDRO, Rosa Maria Leite Ribeiro. **A inclusão do outro na sociedade digital – reflexões sobre inclusão e alteridade.** Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (Ibict). Brasília. 2010.

PINZANI, Alessandro. **Habermas.** Artmed. São Paulo. 2009.

PINTO, José Marcelino de Rezende. **A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar.** Paidéia (Ribeirão Preto), n. 8-9, p. 77-96, Aug. 1995 . Available from http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X1995000100007&lng=en&nrm=iso>. access on 30 Nov. 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-863X1995000100007>.

SALDANHA, Janaina Lopes; MACHADO, Sadi Flores. **Da ciberdemocracia aos movimentos sociais e do governo eletrônico à lei de acesso à informação pública no Brasil: dimensões da política e da democracia na sociedade em rede.** Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano año XXI, Bogotá, 2015

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação.** 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Razão comunicativa e técnicas de comunicação e informação em rede.** Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (Ibict). Brasília. 2010

Secretaria de Assuntos Legislativos Ministério da Justiça. **Relatório- compilação de comentários apresentados na primeira etapa.** Brasília 2010

SILVEIRA, Henrique Flávio Rodrigues da. Internet, governo e cidadania. **Ci. Inf.**, Brasília , v. 30, n. 2, p. 80-90, Aug. 2001 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19652001000200010&lng=en&nrm=iso>. access on 10 Feb. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-19652001000200010>.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 12.

VAZ, José Carlos. **O uso da internet pelos governos e promoção da cidadania.** Revista UNICSUL, vol.10. 2003.

A PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL

Fernando Cesar Mendes BARBOSA¹

RESUMO

O objetivo principal deste trabalho é realizar uma reflexão a respeito dos serviços públicos, especificamente a respeito da Previdência Social como serviço público essencial. Para alcançar esse objetivo, parte de uma metodologia dedutiva, pautada em uma análise bibliográfica para que se conceitue e defina o campo de abrangência dos serviços públicos. A análise realizada permitiu evidenciar que a Previdência Social, enquanto direito fundamental social, constitui-se em um instrumento que age na diminuição das diferenças socioeconômicas que permeiam a vida em sociedade ao mesmo tempo em que são considerados mecanismos importantes para a efetivação do fundamento da dignidade da pessoa humana, sob o qual se alicerça o Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência Social. Serviço Público. Direitos Sociais.

ABSTRACT

The main objective of this work is to reflect on public services, specifically regarding to Social Security as an essential public service. To reach this goal, it starts from a deductive methodology, based on a bibliographical analysis to define the scope of public services. The analysis showed that Social Security, as a fundamental social right, is an instrument that reduces the socioeconomic differences that permeate life in society and they are also important mechanisms for the realization of the principle of human dignity, under which is based the Democratic rule-of-law State.

KEY-WORDS: Social Security. Public Service. Social Rights.

INTRODUÇÃO

O presente artigo constitui-se em uma análise a respeito da Previdência Social enquanto serviço público essencial. Parte-se, inicialmente, de uma análise conceitual a respeito da maneira pela qual a doutrina tem definido e classificado os serviços públicos, a fim de que se estabeleça uma relação entre o que são propriamente os serviços públicos e sua relação com o Estado e com os usuários desses serviços.

Dessa forma, na primeira parte deste trabalho são apresentadas definições conceituais e teóricas que convergem para a compreensão de que os serviços públicos podem ser caracterizados como uma atividade de natureza material, prestada pelo Estado, cuja finalidade é a satisfação de necessidades individuais ou coletivas, justamente porque são atividades

1 Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Advogado. Licenciado em Letras pela Universidade Estadual de Maringá. Graduado em Direito pela Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu. Graduado em Filosofia pela Centro Universitário Claretiano. Especialista em Educação pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Servidor da Universidade Federal da Integração Latino-Americana – UNILA. fernandocesarmb@gmail.com

consideradas relevantes pelo Estado, a obrigação de prestá-las recai sob o próprio Estado ou sob quem lhe faça as vezes.

O reconhecimento da importância desses serviços sinaliza para a necessidade de eles serem prestados sob regime especial. Dessa maneira, essa prestação é realizada com predominância do interesse público, colocando em evidência a relevância material e forma da qual se reveste essa prestação. Os serviços públicos têm sido reconhecidos como instrumentos ou como ferramentas que podem proporcionar a efetividade de direitos sociais. Compreendidos dessa maneira, a prestação desses serviços deve estar orientada a partir dos princípios e dos fundamentos do Estado Democrático de Direitos, dos quais destaca-se o princípio da dignidade humana.

A partir dessas considerações, na segunda parte deste trabalho são discutidas algumas das relações entre a Previdência Social e os serviços públicos. Compreendida como um serviço público essencial, verifica-se que atribui-se ao Estado a obrigação, no sentido de dever e necessidade, de otimizar condições de acesso aos direitos fundamentais pelos cidadãos, reconhecendo a Previdência Social também como um instrumento gerador de dignidade.

Na terceira parte deste trabalho, estabelece-se uma relação entre a Previdência Social e a igualdade. Por meio dessa relação, a previdência enquanto direito fundamental social é reconhecida como instrumento hábil e capaz para diminuir as desigualdades socioeconômicas entre os cidadãos, mas, para além disso, também diminuir as desigualdades e consequentemente estabelecer relações mais isonômicas entre os próprios segurados, sejam eles vinculados ao Regime Geral de Previdência Social, ou vinculados a Regimes Próprios de Previdência.

Em razão do papel central que o trabalho e a previdência ocupam na vida das pessoas, tem-se que uma proposta de reforma da Previdência Social deve, no mínimo, ser estabelecida com base nos parâmetros que sustentam o Estado Democrático de Direito, minimamente, envolvendo todos os usuários desse serviço público de relevância social, que a constituiria em um projeto de Estado e não, necessariamente ou simplesmente em um projeto de governo.

Para o desenvolvimento deste trabalho foi utilizado o método dedutivo, por meio do qual se deu uma abordagem de caráter geral a respeito dos serviços públicos no Brasil, à luz da Constituição Federal. Além disso, valeu-se também do método teórico-bibliográfico por meio de abordagem realizada a partir de doutrinadores que versam sobre a matéria, o que possibilitou que se estabelecesse um diálogo entre esses autores para pensar a própria relação da previdência social enquanto instrumento capaz de efetivar o fundamento da dignidade

humana, preceituado pela Constituição Federal.

1. SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE ESTATAL

Abordagens a respeito do serviço público têm sido realizadas sob vários aspectos. A generalidade e a amplitude de possibilidades na conceituação do que sejam os serviços públicos deve-se, em grande medida, à própria relação que se estabelece a partir da prestação desses serviços, com seus próprios destinatários que, nesse caso, são os usuários dos serviços públicos. Esses serviços têm sido compreendidos como uma atividade ou prestação material, cuja finalidade é a satisfação de necessidades de uma coletividade (MELO, 2004; DI PIETRO, 2003; CARVALHO FILHO, 2009). Assim, essa forma de compreender os serviços públicos coloca em evidência a estreita relação existente entre o Estado, enquanto prestador originário desses serviços e os cidadãos², enquanto seus usuários.

Dessa maneira, elementos como a qualidade, a efetividade, a razoabilidade e a própria adequação na prestação de serviços públicos são características importantes que merecem ser abordadas e colocadas em discussão quando os serviços públicos são tomados como objeto de análise. A análise desses elementos reveste-se de importância porque pode evidenciar, para além da eficiência dessa prestação, a forma como ela contribui efetivamente para que seus usuários sejam considerados titulares de um serviço público eficiente, adequado e razoável que seja capaz de contribuir para que o homem tenha, por meio dessa prestação, uma vida melhor, alicerçada no princípio da dignidade humana.

Essa prestação reveste-se de relevância material e formal à medida que a própria Constituição Federal estabelece no artigo 175 que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. (BRASIL, 1988). Assim, evidencia-se um dos primeiros elementos importantes para a definição dos serviços públicos, ou seja, ele é responsabilidade do Poder Público. Essa incumbência merece ser destacada também por estar revestida de materialidade constitucional, o que, em certa medida, relaciona a prestação de serviços públicos aos princípios do Estado Democrático de Direito. Trata-se de conceber os serviços públicos como atividade pertinente ao Estado, nesse sentido:

2 Não constitui objetivo de análise deste trabalho a conceituação do vocábulo cidadania, que recentemente tem sido utilizado sob diferentes características semânticas. Dessa forma, não se objetiva compreender se cidadão é o homem nacional, ou o estrangeiro em território nacional, tampouco, utiliza-se esse vocábulo como referência à capacidade eleitoral de determinado indivíduo. Cidadão aqui, é utilizado tão somente como equivalente ao usuário de serviços públicos, seja ele nacional ou estrangeiro. É a cidadania compreendida de maneira extensiva para traduzir todo e qualquer homem que, por meio dos serviços públicos, possa ter uma vida mais digna e plena.

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. (MELO, 2004, p. 632).

Além de conceber a prestação de serviços públicos como incumbência do Estado, Celso Antônio Bandeira de Melo também a associa, necessariamente, aos interesses e às prerrogativas públicas, caracterizando essa prestação, seja ela realizada pelo próprio Estado ou por quem o substitua nessa função, como uma atividade prestada sob um regime de Direito Público. Dessa maneira, essa atividade estatal está revestida de características especiais, notadamente a supremacia do interesse público em detrimento do privado.

A esse respeito, os serviços públicos também têm sido compreendidos como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”. (DI PIETRO, 2003, p. 99). Nesse caso, para a autora, além de se reconhecer a prestação de serviços públicos como uma atividade material cujo objetivo principal repousa na satisfação de necessidades coletivas, essa prestação dar-se-á sob regime jurídico total ou parcialmente público. Apesar de a autora admitir a possibilidade de a prestação de serviço público ser realizada parcialmente sob regime jurídico público, é importante perceber que o regime público e, conseqüentemente, o interesse público, não estão afastados dessa definição.

Definição semelhante apresenta José dos Santos Carvalho Filho, para quem o serviço público é compreendido como “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 309). Em síntese, também é possível identificar na definição proposta pelo autor a prestação dos serviços públicos realizada pelo Estado como uma maneira de atender a necessidades, essenciais ou secundárias, de uma determinada coletividade.

Como é possível observar, guardadas as devidas particularidades, há uma certa convergência doutrinária, ao menos com os autores aqui elencados, para compreender a prestação de serviços públicos³, à luz da própria Constituição Federal, como uma atividade

3 Importa-nos destacar que o tema dos serviços públicos podem ser, e de fato têm sido, objeto de inúmeras classificações, entre elas: serviços públicos propriamente ditos, essenciais, compulsórios, gerais, divisíveis, estratégicos, exclusivos, entre tantas outras classificações dependendo do objeto de análise. No entanto, essas classificações não são analisadas neste trabalho por não constituir esse nosso objetivos. Para essa classificação, ver (SANTIN, 2004; DI PIETRO, 2003; MEIRELLES, 2003).

precípua do Estado. Além disso, compreende-se também que essa atividade reveste-se de natureza material e é prestada com vistas à satisfação de necessidades de uma coletividade.

Outro elemento importante dos conceitos ora analisados nos remete ao regime jurídico sob o qual essa prestação de serviços ocorre. Ainda que com pequena diferença entre uma concepção e outra ao afirmarem que os serviços públicos são prestados sob regime público ou parcialmente público, importa-nos mencionar que, enquanto serviços prestados sob essa égide, o interesse público apresenta-se como a mola propulsora dessa relação que se estabelece entre o Estado, enquanto prestador e os usuários desses serviços.

Para além disso, essa atividade também tem sido compreendida como uma prestação positiva, à qual o Estado se obriga e que é materializada pelos serviços públicos, de maneira que podem ser exigidos pelo cidadão ou coletivamente, por toda a sociedade. Nesse sentido, os serviços públicos caracterizam-se como direito individual, como direito coletivo ou como direito difuso. (SANTIN, 2004). Assim, a prestação de serviços públicos pode ser traduzida na materialização de direitos da sociedade. A esse respeito, Valter Foletto Santin destaca que os serviços públicos podem ser definidos como “as atividades desenvolvidas pela Administração Pública em prol da coletividade e do cidadão no desempenho de funções estatais, no cumprimento das finalidades públicas, em contraprestação pela arrecadação de tributos pagos pelo povo”. (2004, p. 41).

A partir dessa definição de serviço público, há elementos que precisam e merecem ser destacados, haja vista sua estreita ligação com a própria relação estabelecida entre Estado e cidadão ou entre o Estado e a sociedade. Além da compreensão semântica e metodológica a respeito dos serviços públicos evidenciadas nas definições acima, torna-se importante compreender os serviços públicos como a própria razão de ser do Estado. Com acerto, lembrá-los como uma espécie de contraprestação àquilo que os cidadãos devolvem ao Estado sob a forma de tributos.

O mérito dessa reflexão reside justamente em reconhecer no Estado o agente responsável pela prestação de serviços públicos que sejam capazes de atender ao interesse público, individual ou coletivo, mas que possa contribuir para que cada cidadão tenha uma vida mais plena. É em razão de o Estado ter elegido a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil que vislumbramos a necessidade de, por meio de uma prestação de serviços públicos adequada, contribuir para a concretização desse “valor supremo”. Assim, José Afonso da Silva assevera que:

se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social,

econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional. (SILVA, 2005, p. 38)

Constata-se que a atividade administrativa do Estado, ou melhor, a atividade estatal deverá concorrer para que a dignidade humana constitua, de fato, um valor essencial, um fundamento a ser traduzido pela prestação de serviço público adequado. Dessa maneira, se por um lado, reconhece-se a obrigação de o Estado prestar um serviço público que seja capaz de atender as reais necessidades de seus cidadãos, sejam elas individuais ou coletivas, por outro, reconhece-se também a necessidade de os próprios cidadãos ocuparem seu papel na definição desses próprios serviços. É nesse sentido que Juarez Freitas afirma que

hoje, o poder político ainda é entendido, com variantes, como capacidade de impor coercitivamente as ideias, vontades ou padrões a outrem, ou seja, como dominação, inclusive jurídica. Mas não precisa ser necessariamente isso. Ao menos como ideal regulador, é pensável o poder democrático como relação, no exercício da racionalidade argumentativa, que estabelece, com transparência, as prioridades resultantes das escolhas destituídas de violência explícita ou subliminar, formal ou informal. (FREITAS, 2013, p. 371).

Consubstancia-se, dessa maneira, a relação de interdependência entre as finalidades do Estado materializadas na prestação de serviços públicos e a necessidade de que essa prestação atenda às reais necessidades dos usuários desses serviços, inclusive, por meio da participação e da definição desses serviços, elegendo prioridades quando necessário.

A importância do serviço público para a concretização de direitos e, conseqüentemente, para a efetividade de uma vida digna é tão grande, que a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 estabeleceu que “todo homem tem igual direito de acesso ao serviço público de seu país”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, art. 21, 1948). Da relevância de uma prestação de serviço público reconhecido como direito de todo homem depreende-se que

(...) há direito subjetivo público a serviços essenciais, prestados de modo adequado, não mera expectativa. Com efeito, entre as funções mais nobres do Estado Democrático, além de regular, está a de prestar, em tempo útil, ainda que por delegação, serviços essenciais, eficiente e eficazmente (FREITAS, 2013, p. 291).

É dessa forma que se torna possível reconhecer, por meio da materialidade da qual se reveste o serviço público, sua própria convergência com os fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito, o qual se incumbiu de somar suas ações para a promoção da dignidade humana. Essa acepção consagra a necessidade de que o serviço público prestado seja revestido de adequação. Esta, por sua vez, tem sido compreendida como um princípio a ser observado pela Administração Pública no cumprimento de suas atividades, ou por quem, por autorização ou concessão, preste o serviço público. Dessa maneira,

A Constituição Federal, ao prever a obrigação de manutenção de serviço adequado,

criou um novo princípio, o princípio do serviço público adequado, com influência direta nas características e padrão de exigência de todos os serviços públicos, típicos ou atípicos, privatizáveis ou não privatizáveis. O referido princípio deve ser desenvolvido e interpretado em consonância com os norteamentos da atividade econômica, adaptados à atividade pública, sua destinação social e os fundamentos republicanos e do Estado Democrático de Direito. (SANTIN, 2004, p. 45).

Tem-se que o serviço público será prestado pelo Estado em consonância com os próprios objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito. Assim, o serviço público adequado será aquele capaz de atender as necessidades dos usuários desse serviço, bem como, constituir-se em serviço que guarde relação direta com os princípios perseguidos pelo próprio ordenamento jurídico, mas sobretudo pela Constituição Federal de 1988.

2. Relações entre Previdência Social e serviço público

No artigo 6º da Constituição Federal a Previdência Social é declarada como um direito fundamental social. Ao declará-la como um direito social, reconheceu-se também a necessidade de esse direito fundamental ser efetivado pelo próprio Estado ou, como vimos acima, por quem lhe faça as vezes. É dessa maneira que a Previdência Social pode ser compreendida como uma atividade de natureza material do Estado que se reveste de caráter prestacional, à medida que se trata de atividade prestada pelo Estado aos seus cidadãos. Quando analisada como serviço público, a previdência tem sido classificada como serviço público social e a esse respeito, tem se compreendido que o

Serviço público social é o que atende a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada, tal como ocorre com os serviços de saúde, educação, previdência, cultura, meio ambiente; são tratados na Constituição no capítulo da ordem social e objetivam atender aos interesses sociais do homem, considerados direitos fundamentais (...). (DI PIETRO, 2003, p.112).

Como se vê, o serviço público social tem como pressuposto o atendimento a necessidades sociais do homem, que decorrem da própria relação estabelecida no seio da vida em sociedade e que requer a atuação do Estado para sua realização. Em atenção ao princípio da dignidade humana, elegido como um dos fundamentos da República, a previdência se reveste de atividade essencial. Sua relevância se materializa na opção realizada por meio da Constituição Federal, no artigo 194, em conceber a Previdência Social como um dos elementos que, juntamente com a saúde e a assistência social, integram a seguridade social: “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. (BRASIL, 1988).

Por essa razão, o estabelecimento da previdência social como direito fundamental

social relaciona-se diretamente com a necessidade de o Estado permitir que seus cidadãos possam encontrar, também por meio da previdência social, um mecanismo de integração, ou melhor, de realização da dignidade humana, assim: “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. (SILVA, 2005, p. 38).

Se por um lado a efetividade da previdência social relaciona-se diretamente ao usuário desse serviço público, ou seja, trata-se do próprio cidadão que depois de ver cumpridas suas atividades laborais e sobretudo ter contribuído solidariamente para a manutenção do sistema de previdência, receberá sua prestação pecuniária, por outro lado, há que se compreender também a previdência social enquanto direito social propriamente dito, para significar o direito de um cidadão, compreendido isoladamente, mas sobretudo um direito que inevitavelmente afeta uma coletividade de interessados, haja vista, sua estreita vinculação com o princípio da dignidade humana e com a fundamentalidade desse direito social, é por isso que a dignidade humana tem sido compreendida sob vários aspectos, de maneira a permitir que seus atributos sejam efetivados por qualquer homem:

Quando se fala em dignidade humana, se quer dizer a dignidade de todo e qualquer ser humano, individual e concreta, em qualquer circunstância e em qualquer fase de sua vida, independentemente de ser titular de direitos, de ter reconhecida sua personalidade, em termos jurídico-civis, porque mesmo antes de adquiri-la já existe um ser humano cuja dignidade merece proteção. O direito à dignidade humana independe da aquisição de personalidade jurídica. (FERRARI, 2011, p. 570).

A amplitude desse conceito evidencia que para sua concretização dependerá, inclusive, a classificação do titular desse direito. Pensar a efetividade do princípio da dignidade humana, nesses termos, remete-nos necessariamente a pensarmos a própria relação que os direitos fundamentais estabelecem com os cidadãos de determinado Estado, sobretudo por que eles têm sido compreendidos como direitos positivos vigentes em um determinado e específico ordenamento jurídico: “direitos público subjetivos de pessoas (...), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”. (DIMITRI, MARTINS, 2014, p.41).

Esse elemento de positividade, considerado como marca característica dos direitos fundamentais precisa ser compreendido, também, à luz da realização do próprio princípio da dignidade humana, o que se torna emergente principalmente em uma época, como a nossa, na qual fronteiras e espaços territoriais têm adquirido novos significados, novas configurações e, sobretudo, têm sido colocados à prova pela crescente e contemporânea movimentação de pessoas, ou melhor, de usuários desses serviços públicos pelos e entre os diversos Estados.

Por essa razão, pensar os direitos fundamentais como instrumentos capazes de promover a dignidade humana é relevante à medida que “o seu núcleo memorial é a dignidade humana, pois foram projetados e estabelecidos ao longo das diversas atrocidades contra a algum grupo seres humanos”. (MASSAÚ, 2015, p. 194).

Nesse sentido, tem-se que a previdência social enquanto direito fundamental social deverá cumprir essencialmente sua função integradora de direito fundamental contribuindo para que os homens tenham uma vida mais digna, principalmente em um momento tão peculiar que é a aposentadoria, que muitas vezes vem acompanhada de muitos outros desafios. Dessa maneira, essa relação que se estabelece entre serviço público – considerado como atividade material do Estado, fundamentada na própria dignidade humana – e previdência social deve ser fortalecida pelo Estado, como um instrumento – a exemplo dos outros direitos fundamentais – capaz de efetivar direitos dos cidadãos que, no caso da previdência, reveste-se do direito à uma aposentadoria digna, com condições de acesso a um mínimo de garantias que permita ao aposentado viver com dignidade e, dessa forma, efetivar o princípio da dignidade humana. Trata-se da necessidade de um esforço coletivo para que se garanta a eficácia desse direito, bem como dos demais direitos fundamentais que repousam sua titularidade no próprio homem, para que se busque cada vez mais

(...) a promoção e proteção dos direitos humanos, através do esforço do próprio Estado, que se buscará efetivar os direitos dos cidadãos e conseqüentemente a concretização da cidadania, em um processo de democracia participativa, a qual, em primeira instância, garantirá também a eficácia dos direitos humanos. (STURZA; MACIEL, 2016, p. 256).

É dessa maneira que se impõe ao Estado o dever e a necessidade de criar e implementar condições de acesso aos direitos fundamentais dos cidadãos e, para além disso, especificamente em relação à previdência social, valer-se dos mecanismos necessários para que se tenha acesso à uma vida mais digna, por meio desse instrumento também gerador de dignidade, que é a previdência social.

3. PREVIDÊNCIA SOCIAL E INCLUSÃO

O Reconhecimento da Previdência Social enquanto um direito fundamental social coloca em evidência sua extrema relevância dentro do Estado Democrático de Direito, trata-se de concebê-la como instrumento por meio do qual também se materializam os direitos individuais, a exemplo de outros direitos fundamentais que também o fazem, é assim que os direitos sociais podem ser definidos como aqueles direitos que “visam a oferecer meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais”. (TAVARES, 2007, p. 428).

Nesse mesmo sentido, José Afonso da Silva reconhece os direitos sociais como “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”. (SILVA, 2004, p. 289-290).

Compreendidos dessa maneira os direitos sociais se revelam como verdadeiros instrumentos capazes de diminuir as históricas diferenças socioeconômicas entre os cidadãos do Estado, dessa maneira: “os direitos sociais, como os direitos fundamentais de segunda geração, são aqueles que reclamam do Estado um papel prestacional, de minoração das desigualdades sociais.” (ARAUJO; NUNES FILHO, 2003, p. 178).

Cumprem, dessa maneira, sua função de direitos de segunda dimensão (TAVARES, 2007; SARLET, 2015) caracterizados pela possibilidade de concessão de igualdade material ao homem, em detrimento da mera igualdade formal (SILVA, 2004).

O reconhecimento dos direitos fundamentais em dimensões tem sido utilizado para reforçar que esses direitos

tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto às transformações ocorridas na realidade social, política, cultural, e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno (...). (SARLET, 2015, p. 46).

É dessa maneira que os direitos sociais precisam ser compreendidos amplamente e em conjunto com o próprio ordenamento jurídico, que decorre necessariamente dos princípios e fundamentos estabelecidos na Constituição Federal. Assim, as ações do Estado no sentido de dar efetividade a essa categoria de direitos, na qual se insere a previdência social, precisam ser fundamentadas de maneira orgânica e integrada, de forma que essas ações sejam capazes de evidenciar e dar efetividade as disposições e prerrogativas estabelecidas pelo próprio ordenamento para a efetividade e materialidade dos direitos sociais, o que requer a compreensão que

“a moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado”. (MENDES, 2009, p. 6).

Compreender a relação que se estabelece entre o Estado, os direitos fundamentais e os titulares desses direitos, a partir da prerrogativa de exigência de criação pelo Estado das

condições necessárias à efetividade dos direitos fundamentais sociais, permite-nos depreender que o cerne dessa discussão repousa na própria necessidade de que esses direitos sejam capazes e possam conferir uma vida mais digna para todos, mas também uma vida mais digna à toda a sociedade, de maneira coletiva e organizada sociopoliticamente. Assim, as ações do Estado devem necessariamente estar direcionadas, por um lado, à diminuição das desigualdades sociais e, por outro, à implementação ou à criação de condições capazes de conferir a cada cidadão uma vida mais plena, com dignidade, uma vida que seja capaz de proporcionar a esses cidadãos o desenvolvimento de suas potencialidades, sem que impedimentos de natureza material ou socioeconômicos interfiram fundamentalmente em sua qualidade de vida. Nesse sentido, a própria Constituição Federal estabelece, no artigo 170 que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. (BRASIL, 1988). Observa-se que mesmo quando diante dos valores econômicos, a Constituição Federal transforma a existência digna como finalidade da ordem econômica, que deverá ser orientada pela valorização do trabalho humano e da livre iniciativa. Dessa disposição constitucional depreende-se que, além do já mencionado acima, a existência digna é prioritária, inclusive em detrimento da própria ordem econômica, quando interpretada em conjunto com os demais princípios e disposições da Constituição Federal, essa determinação guarda estreita consonância com a defesa do próprio fundamento da dignidade humana, estabelecido em seu artigo 1º.

Nesse sentido, a lei 8.112, de 24 de julho de 1991, ao dispor sobre os planos de benefícios da previdência social, estabeleceu em seu artigo 1º que “a Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente”.

É possível notar que a própria lei estabelece as finalidades e objetivos constitutivos dos benefícios alçados pela previdência social, qual seja, o de assegurar os meios indispensáveis de manutenção aos seus segurados. Compreendida dessa maneira, essa atividade material da previdência, enquanto serviço público social e essencial, reveste-se de extrema relevância à medida que se ocupa de criar condições “indispensáveis” aos seus segurados, condições sem as quais a própria dignidade da vida desses segurados seria colocada à prova.

Dessa maneira, a previdência social compreendida como serviço público essencial e

social deve ter suas ações organizadas, pautadas e criadas de maneira a concretizar suas principais finalidades, todas devidamente orientadas a concretizar o fundamento da dignidade humana. Para atingir aos seus objetivos, a Previdência Social organiza-se por meio dos seguintes princípios:

I - universalidade de participação nos planos previdenciários; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios; IV - cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição corrigidos monetariamente; V - irredutibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhes o poder aquisitivo; VI - valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao do salário mínimo; VII - previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional; VIII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação do governo e da comunidade, em especial de trabalhadores em atividade, empregadores e aposentados.

Os princípios e objetivos pelos quais a Previdência Social é orientada colocam em evidência sua característica de prestação material que, apesar de sua natureza individual, constitui-se como atividade estatal essencial à coletividade. Por essa razão, evidencia-se que em se tratando de serviço público essencial, todas as atividades que permeiam a Previdência Social dizem respeito diretamente a todos os cidadãos, de maneira que também esse serviço público possa ser oferecido aos seus usuários de maneira adequada.

Atualmente tramita na Câmara dos Deputados a proposta de Emenda à Constituição, nº 287/2016, de autoria do Poder Executivo, apresentada em 05/12/2016, que propõe a alteração dos artigos 37, 40, 109, 149, 167, 195, 201 e 203 da Constituição, para dispor sobre a seguridade social e estabelecer regras de transição.

Entre as alterações propostas destacam-se a alteração da idade mínima para que se possa requerer a aposentadoria, fixando-a em sessenta e cinco anos para os homens e sessenta e dois anos para as mulheres. A proposta de Emenda à Constituição também extingue a atual possibilidade de aposentadoria apenas por tempo de contribuição e eleva o tempo mínimo de contribuição de quinze para vinte e cinco anos de idade.

Não se trata necessariamente de, nesse momento, realizarmos uma análise do mérito da atual proposta de reforma da previdência, sob pena de eventual fragilidade na análise, haja vista a grandeza e relevância que permeiam o tema. Ainda assim, ao ser qualificada como serviço social e essencial a Previdência Social concede aos seus usuários o direito de terem um serviço que, minimamente, atenda aos seus interesses, ou melhor, nesse caso, às suas necessidades. Dessa forma, respeitadas todas as particularidades que envolvem à matéria e que poderiam ser compreendidas à luz da reserva do possível e do mínimo existencial, o que resta claro é a necessidade de uma reforma da previdência que, ao invés de atender apenas aos

objetivos de um Governo, converta-se em um plano do Estado Democrático de Direito, em matéria previdenciária para seus cidadãos.

Elaborar uma reforma da Previdência Social sem que seus usuários revistam-se, ao menos, da qualidade de interlocutores nesse processo é, no mínimo temerário. Além disso, caso se analisasse o problema previdenciário de um ponto de vista coletivo, haveria a possibilidade de construção de um projeto comum, capaz de responder às necessidades dos usuários, mas também às possibilidades do Estado, constituindo-se, dessa maneira, em uma possível resposta à indagação que tem ressoado eloquentemente entre os usuários desse serviço: Que Previdência teremos?

Pensar em uma proposta amplamente discutida com todos os setores da sociedade poderia contribuir para efetivar um importante princípio estabelecido pela Constituição Federal, o princípio da igualdade. A atual proposta de reforma da Previdência indica alterações que impactam diretamente a situação previdenciária dos trabalhadores vinculados ao Regime Geral da Previdência Social, também conhecido como RGPS; daqueles vinculados a regimes próprios de previdência da União, conhecido como RPPS, aos quais se vinculam os servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Além de abordar temas relacionados aos regimes, a proposta também versa sobre carreiras específicas como as carreiras de docentes e de policiais, estabelecendo regras específicas para essas categorias.

Nesse sentido, apresenta-se uma possibilidade para que as históricas diferenças entre os regimes previdenciários existentes no país pudessem ser revisitadas à luz da atual conjuntura nacional e em plena adequação com os princípios e fundamentos elencados na Constituição Federal.

Da mesma forma, uma reforma da previdência mais amplamente discutida entre os diversos setores da sociedade também poderia contribuir para que as próprias categorias de segurados tivessem uma relação mais isonômica que, respeitando as particularidades de cada categoria, pudesse, ao menos, diminuir privilégios de grupos específicos em detrimento da coletividade, o que poderia contribuir para que esse serviço público cumprisse com sua finalidade precípua de atendimento à coletividade de forma adequada.

Nesse cenário, apresenta-se desarrazoada a iniciativa de permitir que alguns grupos de servidores fiquem “temporariamente” fora da reforma da Previdência. Se se trata de um projeto de Estado, destinado à coletividade, é fundamental que a totalidade de interessados, de envolvidos e por que não, de afetados sejam chamados para compor esse processo de reforma. Por isso, ainda que se respeite e compreenda a particularidade da atividade militar, exemplificativamente, é urgente que esse grupo que também se caracteriza como usuário do

serviço público previdenciário possa compor a reforma da Previdência, exatamente como fazem todos os demais servidores públicos e os trabalhadores da iniciativa privada.

A previdência Social não pode ser constituída como um instrumento de reforço às desigualdades e à exclusão, pelo contrário, reveste-se de força constitucional para oferecer os “meios indispensáveis de manutenção”. A esse respeito, a exclusão tem sido compreendida “como um mecanismo ou conjunto de mecanismos que fazem com que um indivíduo ou família, independente de seu esforço ou mérito, esteja limitado em sua possibilidade de ascensão social presente ou tenha artificialmente reduzida a probabilidade de ascensão futura”. (REZENDE; TAFNER, 2005, p. 87-88).

Conforme mencionado acima, uma das características dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, repousa justamente na necessidade de uma atividade material do Estado, que se reveste em forma de intervenção. Especificamente no caso da Previdência Social, essa intervenção remonta à própria previsão Constitucional que estabelece ao Estado essa realização dos direitos sociais por meio dos serviços públicos.

Por essa razão, não cabe ao governo impor suas vontades em matéria previdenciária, desconsiderando o papel central que a Previdência, assim como o trabalho, exerce na vida de cada pessoa. Pelo contrário, cada vez mais, os direitos sociais, dos quais faz parte a Previdência Social, caracterizam-se como instrumentos, como verdadeiras ferramentas capazes de diminuir desigualdades e, em certa medida, proporcionar uma vida mais digna aos seus cidadãos. Nesse sentido, emerge a necessidade uma reforma previdenciária construída coletivamente e alicerçada nos fundamentos do Estado Democrático de Direito, de forma a dar efetividade a Previdência enquanto direito fundamental, mas também enquanto serviço público essencial.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal atribuiu ao Estado, como sua função precípua, a prestação de serviços públicos. Dessa maneira, no presente trabalho restou configurada essa prestação de serviços pelo Estado como uma atividade de natureza material, cuja finalidade repousa no atendimento às necessidades da coletividade, das quais também o cidadão isoladamente se beneficia.

Observou-se que ao caracterizar-se como uma atividade eminentemente estatal, a prestação de serviços públicos ocorre tutelada por um regime especial de direito público, cujo interesse público se sobrepõe ao privado, nessa prestação.

Para além disso, essa prestação material do Estado tem sido caracterizada como um

verdadeiro instrumento de efetivação de direitos sociais, fortemente alicerçada na procura de efetivação do princípio republicano da dignidade da pessoa humana.

Aliás, observou-se também que ao eleger o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, estabeleceu-se a necessidade de se buscar dar efetividade a esse fundamento também por meio de uma prestação de serviços públicos adequada que, especificamente em relação à Previdência Social pode ser traduzido em um mecanismo eficiente de redução das desigualdades de natureza socioeconômicas, além daquelas desigualdades existentes entre os próprios usuários desse serviço vinculados à Previdência Social.

Por fim, restou evidenciada a necessidade de alterações ou reformas no atual modelo de previdência serem construídas coletivamente, com a participação daqueles interessados que serão atingidos por essas alterações, de forma que possam ser atendidas as necessidades dos usuários desse serviço, mediante a adequação às possibilidades do próprio Estado.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES FILHO, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.
- BRASIL, Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, n. 142, p. 1, 25 jul., 1991. Seção 1.
- BRASIL, Proposta de Emenda à Constituição nº 287/2016. Altera os artigos. 37, 40, 109, 149, 167, 195, 201 e 203 da Constituição, para dispor sobre a seguridade social, estabelece regras de transição e dá outras providências. Disponível em: www.camara.gov.br Acesso em: 01 jun. 2017.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014.
- FREITAS, JUAREZ. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MASSAÚ, Guilherme Camargo. Prelúdio de uma teoria da memória constitucional em prol dos direitos fundamentais. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 22, p. 183-200,

- ago. 2015. ISSN 2317-3882. Disponível em:
<<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/443>>. Acesso em: 05 maio. 2017.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada em 10 de dezembro de 1948.
- REZENDE, Fernando; TAFNER, Paulo. Brasil: Estado de uma Nação. Capítulo III – Pobreza e Exclusão Social. Rio de Janeiro: IPEA, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SANTIN, Valter Foletto. Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repreensão ao crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STURZA, Janaína Machado; MACIEL, Renata. DEMOCRACIA, CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS: A CONJUNTURA ATUAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITOS. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 23, jan. 2016. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/642>>. Acesso em: 31 maio 2017.
- TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA INCLUSÃO EDUCACIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA REDE PÚBLICA DE ENSINO

Leiliane Barros Cardoso ALMEIDA¹
Danielle Regina Bartelli VICENTINI²

RESUMO

O processo de inclusão do aluno com deficiência nas escolas públicas evoluiu. O questionamento quanto ao direito da matrícula desses, após anos de preconceito, parece consolidado. O foco hoje é outro. O que está em questão é a qualidade no ensino proporcionada a esses estudantes. Diante de todo histórico de segregação e assistencialismo dispensado às pessoas com deficiência ao longo do tempo, a sociedade parece reconhecer o que lhes é devido, positivando diversos direitos e garantias fundamentais, dentre eles a educação. Todavia, não se pode dizer que isso se realiza de maneira satisfatória. As metas educacionais propostas pelo Estado ainda estão longe do ideal a ser alcançado. Falta acessibilidade, material didático adaptado, bem como profissionais preparados e em quantidade suficiente para lidar com a demanda. Em suma, o presente trabalho enfatizará o direito educacional dessa minoria, analisando a responsabilidade do Estado na efetivação de políticas públicas adequadas, capazes de oferecer uma educação inclusiva de qualidade, que realmente respeite a diversidade.

PALAVRAS-CHAVE: pessoa com deficiência, educação inclusiva, qualidade na educação, diversidade, responsabilidade do Estado.

ABSTRACT

The process of inclusion of students with disabilities in the public schools has evolved. The questioning of their enrolment, after years of prejudice, seems consolidated. The focus today is another subject. The center of the discussion is the quality of the teaching provided to these students. Faced with all the past of segregation and social assistance provided to people with disabilities over time, society seems to recognize their claims, making it positive several fundamental rights and guarantees, among their educations. However, this scenario is still not satisfactory. The educational goals proposed by the State are still far from the ideal to be achieved. There is a lack of accessibility, adapted educational teaching material, as well as professionals prepared and in sufficient quantity to deal with the demand. In short, the present study will emphasize the educational right of this minority, analyzing the State's responsibility for the implementation of adequate public policies capable of offering a quality inclusive education that truly respects diversity.

KEY-WORDS: people with disabilities, inclusive education, quality in education, diversity, 1 State responsibility.

-
- 1 Possui graduação em Letras pela Universidade Norte do Paraná (2008) e especialização em Leitura, Produção Textual e Literatura pela Faculdade de Jandaia do Sul (2010). Está em processo de conclusão de especialização em Gestão Escolar pela Universidade Estadual do Centro-Oeste. Atualmente é professora da Escola Municipal Juiz Luiz Fernando Araujo Pereira.
 - 2 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).

1 INTRODUÇÃO

Apesar de todo histórico de segregação e assistencialismo, a legislação brasileira avançou e a inclusão da pessoa com deficiência na rede regular de ensino é direito positivado inquestionável, não cabendo mais a discussão quanto à aceitação destes ou não.

Contudo, apenas garantir a matrícula do aluno com deficiência não é inclusão. A educação inclusiva deve ir além do processo de ensino/aprendizagem, deve favorecer, acima de tudo, valores e princípios reais, a fim de que seja possível uma convivência harmônica e um crescimento pessoal enriquecido justamente pela diferença.

O presente trabalho percorrerá a evolução da educação inclusiva brasileira, considerando o progresso do entendimento pertinente à pessoa com deficiência, comparando as épocas distintas e as especificidades desses períodos, até chegar na inserção de garantias de seus direitos no ordenamento jurídico, especialmente na âmbito educacional.

Analisando dados sobre a educação inclusiva no Brasil, percebe-se que a taxa de matrícula de alunos com deficiência nas séries iniciais da rede pública cresceu. Contudo, a verdadeira inclusão deve ir além da garantia de acesso aos bancos escolares.

É preciso garantir-lhes a qualidade neste atendimento especial, por meio de políticas públicas que respeitem as diferenças, o que infelizmente, ainda parece distante. Apesar do dispositivo constitucional elevar a educação à categoria de serviço público essencial, sendo direito de todos, não há como negar a omissão do Estado em fornecer apoio técnico e financeiro às escolas para tanto. Faltam profissionais especializados, material didático adaptado e acessibilidade nas escolas públicas.

Todo esse descaso do Estado em executar políticas públicas que proporcionem uma educação pública de qualidade, acaba por disseminar a ideia equivocada e preconceituosa de que manter esses alunos em escolas especiais, segregados do ambiente das salas de aula regular, ainda seja a melhor opção.

2 HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA NO BRASIL

Sempre existiu na história da humanidade indivíduos com algum tipo de limitação física ou mental, seja por nascença ou adquirido durante a vida. O entendimento sobre o tema evoluiu, primeiramente devido à religião e posteriormente com o progresso da ciência.

Costa³ expõe que entre os povos primitivos, as pessoas com deficiência eram muitas

3 COSTA. Sandra Morais de Brito. **Dignidade humana e pessoa com deficiência**: aspectos legais trabalhistas. São Paulo: Ltr, 2008, p. 23.

vezes dizimadas, pois elas eram consideradas um “atraso” para o grupo. Agindo dessa forma, o grupo garantia sua sobrevivência.

Ainda hoje, em algumas tribos indígenas do Brasil, a prática do infanticídio de crianças que nascem com alguma deficiência é comum, sendo vista pelos pais como um gesto de amor, entretanto há discussões intensas sobre o assunto.⁴

Segundo Gugel⁵, na antiguidade eram comuns atos bárbaros praticados contra a pessoa com deficiência. Na Roma antiga a lei permitia que os pais afogassem os filhos nascidos com deformidade. Na Grécia, onde predominava a busca pela beleza e pela perfeição, o mais aceitável era que as pessoas com deficiência fossem exterminadas, como afirma Coulanges⁶. Da mesma maneira, Platão⁷ era defensor do isolamento de crianças disformes e Aristóteles⁸ considerava a ideia de não alimentar tais crianças, levando-as à inanição e morte.

De acordo com Ribeiro⁹, acreditava-se, na Idade Média, que a excepcionalidade estava ligada ao pecado, por isso as pessoas que a possuíam, a mereciam, já que a deficiência era considerada uma espécie de expiação do pecado. A crueldade com que as pessoas com deficiência eram tratadas só começou a mudar paulatinamente após à Baixa Idade Média, quando a doutrina cristã passou a ter influência, tornando a sociedade mais tolerante. Surgiu, então, uma aceitação por caridade. As pessoas com deficiência ainda eram segregadas, mas recebiam moradia e alimentação, afirma Silva¹⁰.

De acordo com Capellini¹¹, até o século XVIII, acontecia uma ampla exclusão das pessoas com necessidades especiais na sociedade. Qualquer tipo de necessidade era rótulo de invalidez, pois o potencial para o trabalho era visado como requisito para o indivíduo ser ou não útil. Nesse sentido, Silva sumariza:

Durante a Idade Antiga e Média, a pessoa com deficiência viveu dois extremos: a rejeição e eliminação sumária em contrapartida a proteção assistencialista e piedosa

4 G1. **Tradição indígena faz pais tirarem a vida de crianças com deficiência física.** Disponível em <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/12/tradicao-indigena-faz-pais-tirarem-vida-de-crianca-com-deficiencia-fisica.html>. Acesso em 17 de março de 2017.

5 GUGEL, Maria Aparecida. **História da pessoa com deficiência.** Disponível em: <<http://phylos.net/direito/pd-historia/>>. Acesso em 20 de março de 2017, s/p.

6 COULANGES, Fustel de. **A cidade Antiga.** São Paulo: Martin Claret, 2003.

7 PLATÃO. **A república.** Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

8 ARISTÓTELES. **A Política.** Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martins Claret, 2001.

9 RIBEIRO, Maria Luisa Sprovieri. **Perspectivas da Escola Inclusiva: Algumas reflexões.** In: **Educação Especial: do querer ao fazer.** Adriano Monteiro de Castro (et al); Organizadoras Maria Luisa Sprovieri Ribeiro, Roseli Cecília Rocha de Carvalho Baumel. São Paulo: Avercamp, 2003, p. 42.

10 SILVA, Otto Marques da. **A epopeia ignorada - A pessoa deficiente na História do mundo de ontem e hoje.** São Paulo: CEDAS, 1987.

11 CAPELLINI, Vera L. M. F; MENDES, Enicéia G. **História da Educação Especial: Em busca de um espaço na história da educação brasileira.** Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/acer_histedbr/seminario/seminario7/TRABALHOS/V/Vera%20lucia%20messias%20fialho%20capellini.pdf>. Acesso em 26 de fevereiro de 2017, p. 3

de outro. Já durante a Idade Moderna, houve uma maior valorização do ser humano pelo predomínio das filosofias humanistas, crescendo os estudos voltados para a problemática da deficiência.

A partir do século XIX, houve grandes descobertas na área da medicina, biologia e saúde. As deficiências começaram a ser mais estudadas, mas a intenção era “curar” a pessoa com deficiência para oferecer alívio aos familiares e à sociedade. Ainda aqui, para essas pessoas, não era oferecida a educação, visando-os como cidadãos de direitos. Capellini explica que:

A educabilidade de tais pessoas ficava reduzida a iniciativa da área médica e, geralmente acontecia em instituições religiosas ou filantrópicas, com o consentimento governamental, mas sem qualquer tipo de envolvimento do poder público. Nesta época esperava-se que as práticas educativas especiais curariam as deficiências, gerando comportamentos normalizados.

Segundo Stainback e Stainback¹², no final do século XIX e meados do século XX, foram surgindo algumas escolas especiais nos Estados Unidos, pois a sociedade começou a admitir que pessoas com deficiência poderiam ser produtivas se recebessem escolarização e treinamento adequado. Segundo Capellini¹³, entre 1842 e 1918, os Estados Unidos aderiram ao ensino obrigatório para crianças com deficiência e as escolas públicas receberam muitos recursos para seu desenvolvimento. Na época criaram “escolas comuns” públicas, para que todas as crianças fossem educadas.

Timidamente o Brasil começou a se inspirar nas experiências dos Estados Unidos e de países da Europa que iniciaram uma aquisição de postura diferenciada em relação às pessoas com deficiência. Brasileiros iniciaram no século XIX a organização de serviços para atendimento a cegos, surdos, deficientes mentais e deficientes físicos. Como afirma Mazzotta:

Durante um século, tais providências caracterizavam-se como iniciativas oficiais e particulares isoladas, refletindo o interesse de alguns educadores pelo atendimento educacional dos portadores de deficiências. A inclusão da "educação de deficientes", "da educação dos excepcionais" ou da "educação especial" na política educacional brasileira vem a ocorrer somente no final dos anos cinquenta e início da década de sessenta do século XX.¹⁴

De acordo com Mazzotta¹⁵ o atendimento escolar especial às pessoas com deficiência iniciou-se no Brasil em 12 de setembro de 1854 com D. Pedro II, que através do Decreto

12 STAINBACK, Susan e STAINBACK, William. **Controversial issues confronting special education: Divergent perspectives**. Boston. Eds.: Allyn & Bacon. p. 13-25, 1992. *apud* CAPELLINI, Vera L. M. F; MENDES, Enicéia G. **História da Educação Especial: Em busca de um espaço na história da educação brasileira**. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/acer_histedbr/seminario/seminario7/TRABALHOS/V/Vera%20lucia%20messias%20fialho%20capellini.pdf>. Acesso em 27 de fevereiro de 2017, p. 3.

13 CAPELLINI, *op. cit.* p. 3.

14 MAZZOTTA, Marcos. J. S. História da educação especial no Brasil. In:_____. **Educação Especial no Brasil - História e políticas públicas**. São Paulo: Cortez, 2001, p. 30.

15 *Ibidem*, 30.

Imperial nº 1.428, fundou, na cidade do Rio de Janeiro, o Imperial Instituto dos Meninos Cegos, mais tarde nomeado Instituto Nacional dos Cegos, e em 24 de janeiro de 1891, pelo Decreto nº 1.320, denominado Instituto Benjamin Constant (IBC). Foi também D. Pedro II que, três anos após a fundação do Imperial Instituto dos Meninos Cegos, fundou no Rio de Janeiro o Instituto dos Surdos-Mudos. O mesmo autor esclarece que “esta escola era um estabelecimento educacional voltado para a ‘educação literária e o ensino ‘profissionalizante’ de meninos ‘surdos-mudos’, com idade entre 7 e 14 anos.”, salienta o foco profissionalizante do ensino da época, mencionando que “em ambos os Institutos, algum tempo depois da inauguração, foram instaladas oficinas para a aprendizagem de ofícios. Oficinas de tipografia e encadernação para os meninos cegos e de tricô para as meninas; oficinas de sapataria, encadernação, pautação e douração para os meninos surdos”.

Em 1874 no Hospital Estadual de Salvador, na Bahia, hoje denominado Hospital Juliano Moreira, iniciou a assistência aos deficientes mentais. Porém, tal assistência não podia ser caracterizada como educacional, mas sim, no máximo, como um atendimento médico-pedagógico. O interesse real da sociedade pela educação de pessoas com deficiência começou a se apontar através de trabalhos científico que surgiram no começo do século XX, menciona Mazzotta¹⁶. O autor¹⁷ ainda explica que foi nesse período que inauguraram diversos estabelecimentos voltados ao atendimento de pessoas com deficiência:

Na primeira metade do século XX, portanto, até 1950, havia quarenta estabelecimentos de ensino regular mantidos pelo poder público, sendo um federal e os demais estaduais, que prestavam algum tipo de atendimento escolar especial a deficientes mentais. Ainda, catorze estabelecimentos de ensino regular, dos quais um federal, nove estaduais e quatro particulares, atendiam também alunos com outras deficiências. No mesmo período, três instituições especializadas (uma estadual e duas particulares) atendiam deficientes mentais e outras oito (três estaduais e cinco particulares) dedicavam-se à educação de outros deficientes.¹⁸

Entre esses estabelecimentos que surgiram, citados por Mazzotta¹⁹, alguns se destacaram significativamente e atuam expressivamente em todo país até hoje, como o Instituto Educacional de São Paulo (IESP), Escola Municipal de Educação Infantil e de 1º Grau para Deficientes Auditivos Helen Keller, Instituto Santa Terezinha, Santa Casa de Misericórdia de São Paulo, Lar-Escola São Francisco, Associação de Assistência à Criança Deficiente (AACD), Institutos Pestalozzi, Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE), entre outros.

16 MAZZOTTA, Marcos. J. S. História da educação especial no Brasil. In: _____. **Educação Especial no Brasil** - História e políticas públicas. São Paulo: Cortez, 2001, p. 31.

17 *Ibidem*, p. 32.

18 *Ibidem*, p. 31.

19 *Ibidem*, p. 34–50 *passim*.

Jannuzi²⁰ explica que nesse período “perdurou-se a posição de segregação total, em escolas inteiramente separadas, ou em classes especiais nos mesmos estabelecimentos de ensino do alunado dito normal, sob a justificativa de não prejudicar os alunos considerados ‘normais’”. Isso evitava que os estudantes fossem atrapalhados pelas crianças com deficiência com desordem na classe, ou seja, os alunos com deficiência, apesar de terem ganhado um novo enfoque, ainda não detinham os mesmos direitos que as outras crianças.

Segundo Ferreira²¹, foi a partir do final dos anos 1960 que as reformas educacionais alcançaram a área sob a égide dos discursos da normalização e da integração, iniciou-se ali uma nova visão acerca dos alunos ditos “especiais”. Claramente as preocupações culturais adquiriram um enfoque técnico-pedagógico atingindo também as crianças com deficiência, visando a redução das desigualdades. Apesar de esta situação influenciar fortemente a educação dos indivíduos com deficiências, Capellini²² comenta que “muitas vezes a ênfase no desenvolvimento global do educando, visando diminuir as diferenças por meio de uma educação apropriada, acabou levando a uma rotulação e a proposta de ensino individualizado”. Ou seja, quando o trabalho não é efetivado de maneira adequada, contribui para a segregação dos “ditos diferentes”. Mantoan²³ critica a atual realidade dizendo que “a inclusão implica mudança desse atual paradigma educacional, para que se encaixe no mapa da educação escolar que estamos retrazando”.

O Brasil se encontra na fase de adaptação e concretização de um processo construído por décadas. Percebe-se que a educação brasileira ainda está em fase de reinterpretação e que há muito a mudar para ser atingido um ideal. Todo o caminho até então percorrido pela educação inclusiva brasileira foi lento, mas segue um objetivo, que, quando efetivamente alcançado, trará resultados positivos no que se trata do direito à educação da criança com deficiência.

3 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO CONSTITUCIONAL

20 JANNUZI, Gilberta Martino. **Oficina abrigada e a integração do deficiente mental**. *Revista Brasileira de Educação Especial*, vol. 1, n. 1. Disponível em: <http://www.abpee.net/homepageabpee04_06/artigos_em_pdf/revista1numero1pdf/r1_art_05.pdf>. Acesso em 24 de julho de 2015.

21 FERREIRA, Júlio Romero. **Educação especial, inclusão e política educacional**: notas brasileiras. In: RODRIGUES, David. (org.). **Inclusão e Educação**: Doze olhares sobre a educação inclusiva. São Paulo: Summus, 2006, p. 87.

22 CAPELLINI, Vera L. M. F; MENDES, Enicéia G. **História da Educação Especial**: Em busca de um espaço na história da educação brasileira. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/acer_histedbr/seminario/seminario7/TRABALHOS/V/Vera%20lucia%20messias%20fialho%20capellini.pdf>. Acesso em 26 de fevereiro de 2017, p. 7.

23 MANTOAN, Maria Tereza Eglér. Inclusão escolar: O que é?. In: _____. **Inclusão escolar** - O que é? Por quê? Como fazer?. São Paulo: Moderna, 2003, p. 15.

É necessário que se faça no presente capítulo uma breve colocação sobre a nomenclatura adotada ao se referir à pessoa com deficiência. Diversos termos escolhidos para serem utilizados para tal tarefa foram analisados e posteriormente alterados, devido à sobrecarga de negatividade e menosprezo que portavam.

Em seu trabalho, Araújo²⁴ comenta que encontrou diversas nomenclaturas ao pesquisar sobre o assunto em textos mais antigos, mencionando expressões nacionais e estrangeiras. O autor cita termos como “indivíduos de capacidade limitada, minorados, impedidos, descapacitados, excepcionais, minusválidos, *disable person*, *handicapped person*, *unusual person*, *special person*, inválido e deficiente”, que é o termo mais usado. O autor defende que:

A leitura desse rol leva a uma interpretação bastante variada da idéia [sic] que se tem desse grupo. Algumas expressões ou palavras realçam a incapacidade: outras, mais a noção de «deficiência»; outras, ainda mais distantes, não chegam a mencionar o ponto fulcral do problema, a própria deficiência, suavizando demais as palavras, ou seja, usando de eufemismo.²⁵

Com a mesma visão, Vicentini²⁶ afirma que “o conceito de pessoa com deficiência, durante muito tempo, esteve fortemente atrelado à ideia equivocada de que o deficiente é aquele considerado digno de pena, inútil ou inválido, sempre dependente do outro”. A autora²⁷ salienta que a sociedade, por anos, associou o conceito de deficiente com ineficiente, porém, a deficiência não é nada mais que a limitação física, sensorial ou mental e não deve ser confundida com ineficiência.

Buscando uma padronização que retirasse o foco de atenção da deficiência e passasse para a pessoa, decidiu-se utilizar a expressão "pessoa portadora de deficiência", explica Fávero²⁸. A autora²⁹ destaca que aconteceu nesse período a elaboração da Constituição de 1988 e como anteriormente a esse eram utilizados termos com conotação mais negativa, acreditou-se estar adotando uma terminologia mais correta, já que, em comparação com as anteriores, a expressão "pessoa portadora de deficiência", era mais amena. Devido a esse fato, na Constituição encontra-se tal nomenclatura. Entretanto, com a nova terminologia, agora o foco estava voltado ao “portador” e não à pessoa, mostrando que esse termo ainda precisava evoluir. Fávero acentua:

24 ARAUJO, Luiz A. D. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 4. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, Ministério da Justiça, 2011, p 14.

25 *Ibidem*, p. 15.

26 VICENTINI, Danielle R. B. **Educação Inclusiva da Pessoa com Deficiência**. O crescimento na diversidade. Curitiba: Instituto Memória: 2016, p. 21.

27 *Ibidem*, p. 21.

28 FAVERO, Eugênia. A. G. **Direito das pessoas com deficiência** - Garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA, 2004, p. 21.

29 *Ibidem*, p. 21 e 22.

Os movimentos sociais identificaram que a expressão "portador" cai muito bem para coisas que a pessoa carrega e/ ou pode deixar de lado, não para características físicas, sensoriais ou mentais do ser humano. Ainda, que a palavra "portador" traz um peso freqüentemente [sic] associado a doenças, já que também é usada, e aí corretamente, para designar uma situação em que alguém, em determinado momento, está portando um vírus, por exemplo. E não custa lembrar, deficiência é diferente de doença. É simples: basta imaginar que jamais falaríamos "pessoa portadora de olhos azuis".³⁰

Dessa forma, atualmente, a expressão mais adequada para ser utilizada é “pessoa com deficiência”, retirando-se a palavra “portadora”. O termo pode ser livremente utilizado, mesmo que esse não esteja presente na Constituição Federal e Araújo explica o porquê:

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que ingressou no sistema constitucional brasileiro por força do Decreto-Legislativo n. 186 de 09 de julho de 2008 e do Decreto de Promulgação n. 6949, de 25 de agosto de 2009, utiliza-se da expressão contemporânea, mais adequada. A pessoa (que continua sendo o núcleo central da expressão) tem uma deficiência (e não a porta). Com a aprovação da Convenção, que tem equivalência com a Emenda à Constituição, por força do parágrafo terceiro, do artigo quinto, da Constituição Federal, a terminologia nova revogou a antiga. Assim, apesar de os textos impressos trazerem a expressão “pessoa portadora de deficiência” a aprovação da Convenção, com status equivalente a Emenda Constitucional, tratou de alterar o dispositivo constitucional. (grifo nosso)³¹

Concordando com Fávero³², apesar da revogação da terminologia antiga, não se julga necessário que haja uma emenda à Constituição que a altere, “pois o importante num texto constitucional é o seu conteúdo jurídico”, mas alega ainda que a desnecessidade de alteração não impede que os textos legislativos da atualidade utilizem as expressões consideradas mais adequadas.

A Constituição brasileira de 1988 em seu Título II se dedica aos direitos e garantias fundamentais. O termo “direitos fundamentais” é gênero que abrange direitos individuais, coletivos, sociais, nacionais e políticos, como lembra Pinho³³. A Constituição, em seu Título II, Capítulo I, carrega o tema “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, fazendo, por isso, parte do presente capítulo.

Pinho³⁴ conceitua direitos fundamentais como os direitos “considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual” e enfatiza que para o Estado, não basta reconhecer esses direitos, mas sim, buscar concretizá-los. Também sobre sua tamanha importância no ordenamento brasileiro,

30 FAVERO, Eugênia. A. G. **Direito das pessoas com deficiência** - Garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA, 2004, p. 22.

31 ARAUJO, Luiz A. D. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 4. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração das Pessoa Portadora de Deficiência, Ministério da Justiça, 2011, p 16.

32 FAVERO, *op. cit.* p. 22.

33 PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 15 ed. v. 17. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 97.

34 *Ibidem*, p. 97.

Marmelstein³⁵ lembra que os direitos fundamentais são considerados cláusulas pétreas e acentua a imposição da CF/88 em seu artigo 60, §4º, inciso IV, impedindo qualquer deliberação tendente a abolir os direitos e garantias individuais, sendo consideradas, portanto, ilegítima qualquer reforma constitucional que pretendesse aboli-los.

Segundo Pinho, todas as Constituições brasileiras contiveram enunciados de direitos fundamentais:

A de 1824, em seu art. 179, garantia “a inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade”. A Constituição de 1891 destinava uma seção à declaração de direitos, assegurando a “brazileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade” (art. 72) [sic passim]. A de 1934, editada após a Constituição alemã de Weimar, continha, ao lado de um título denominado “Das Declarações de Direitos”, um outro dispendo sobre a ordem econômica e social, incorporando ao texto constitucional diversos direitos sociais. [...] A Carta de 1937 consagrava direitos, mas o art. 186 declarava “em todo o país o estado de emergência”, com a suspensão dessas garantias. [...] A Constituição de 1946 destinou o Título IV à declaração de direitos. Esse enunciado de direitos fundamentais permaneceu nas Constituições de 1967 e 1969, muito embora ambas contivessem dispositivos que excluía da apreciação judicial atos praticados com base em atos institucionais (respectivamente os arts. 173 e 181).³⁶

Dentro do encadeamento de direitos que os direitos fundamentais abrangem, está claramente inserido o das minorias. Para Vicentini³⁷, “a ideia de uma sociedade inclusiva se fundamenta numa filosofia que reconhece e valoriza a diversidade, como característica inerente à constituição de qualquer sociedade”, a autora afirma que é necessário garantir a participação de todos em todas as oportunidades, independentemente de suas individualidades. Essa ideia leva o estudo ao encontro do direito das minorias.

São diversos os conceitos de minoria, sendo sempre voltados à condição de inferioridade determinada pela sociedade dominante. Dentre eles, define Canotilho:

No seio das sociedades inclusivas vivem minorias nacionais, étnicas, religiosas e linguísticas. [...] A noção de minorias e de direito de minorias levanta muitos problemas. Minoria será, fundamentalmente, um grupo de cidadãos de um Estado, em minoria também numérica ou em posição de não dominante nesse Estado, dotado de características étnicas, religiosas ou linguísticas que diferem das da maioria da população, solidários uns com os outros e animados de uma vontade de sobrevivência e de afirmação da igualdade de facto de direitos com a maioria.³⁸

Dentre as inúmeras comunidades de pessoas que podem ser vistas como minoria, seja por etnia, sexo, religião ou outros, está inserido o grupo das pessoas com deficiência. Diante disso, Vicentini sustenta que “a inclusão social da pessoa com deficiência encontra suas bases

35 MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 279.

36 PINHO. *op. cit.* p. 102.

37 VICENTINI, Danielle R. B. **Educação Inclusiva da Pessoa com Deficiência**. O crescimento na diversidade. Curitiba: Instituto Memória: 2016, p. 47.

38 CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 387.

na questão do direito das minorias, minorias, estas representadas por uma significativa parcela da sociedade”, que de acordo com os últimos dados do IBGE, somam 45,6 milhões de brasileiros.

A deficiência só se tornou uma real preocupação no Brasil recentemente. Diferentemente do que aconteceu em países da Europa e Estados Unidos, não houve aqui a guerra, fato que os motivou a uma urgente atenção às pessoas com deficiência, resultantes de tal calamidade, declara Araújo³⁹. O autor também afirma que “nosso índice assustador se deve aos acidentes de trânsito, à carência alimentar e à falta de condições de higiene. Essa taxa da deficiência no Brasil, que atinge dez por cento da população, fato reconhecido pela Organização das Nações Unidas”.

Foi a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que trouxe a primeira notícia de proteção específica à pessoa com deficiência. Posteriormente, a Emenda nº 12, de 1978, ampliou direitos relacionados à condição social e econômica, garantindo, como exemplo, a educação especial gratuita, a assistência, reabilitação e reinserção na sociedade, a proibição da discriminação e o acesso a prédios públicos. Tais direitos sofreram inexplicável modificação pela Carta Política de 1988, que ao tema deu um novo perfil, paternalista de um lado e realista de outro, Araújo⁴⁰ explica. Ademais, Marmelstein⁴¹ lembra que “um dos princípios mais básicos do direito constitucional é o da unidade da Constituição. De acordo com esse princípio, todas as normas constitucionais possuem a mesma hierarquia jurídica”, ressaltando a eficiência das emendas constitucionais.

Inovando, a Constituição de 1988 dispõe sobre os direitos fundamentais antecedendo à organização do próprio Estado, incorporando junto à proteção dos direitos individuais e sociais a tutela dos direitos difusos e coletivos, afirma Pinho⁴². Ou seja, a Constituição finalmente reconheceu, com destaque, a importância de preservar os direitos fundamentais, tendo, com isso, permitido que o direito das minorias se desponte e simultaneamente, revele-se o direito das pessoas com deficiência.

4 O DIREITO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA À EDUCAÇÃO

39 ARAUJO, Luiz A. D. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 4. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração das Pessoa Portadora de Deficiência, Ministério da Justiça, 2011, p. 8/9.

40 ARAUJO, Luiz A. D. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 4. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração das Pessoa Portadora de Deficiência, Ministério da Justiça, 2011, p. 9.

41 MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 286.

42 PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 15 ed. v. 17. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 102.

A educação é um avanço para o desenvolvimento do indivíduo e conseqüentemente para comunidade em que ele está inserido. Uma pessoa com estudo amplia seu conhecimento, aumenta sua gama de possibilidades profissionais, tem na sociedade seu papel, cresce intelectualmente e moralmente, significando que, em maioria considerável das situações, a pessoa com acesso à educação se sobressai ao indivíduo que não a tem.

A educação garante ainda a aproximação da igualdade entre as pessoas. Machado e Giachini⁴³ explicam que “não se trata apenas de recursos financeiros, mas de outros bens e direitos, como espaço de participação, voz ativa, poder de decisão, informação e oportunidades de aprendizagem”. Quanto mais direcionado à educação, mais garantia de um futuro digno um indivíduo tem.

É evidente a importância da educação para toda e qualquer pessoa. De acordo com Vicentini e Costa:

O Direito à Educação é um dos direitos fundamentais de segunda geração, também chamado de direito social, previsto em nossa Constituição Federal em seu artigo 6º. Mais adiante, no artigo 205, a educação é definida como “direito de todos e dever do Estado e da família”, prosseguindo ainda que será “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” Trata-se, portanto, de norma constitucional de aplicabilidade imediata, de direito público subjetivo, um verdadeiro direito de crédito em face do Estado. Dessa forma, os direitos sociais, dentre os quais o Direito à Educação, exigem prestações positivas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas por meio de normas constitucionais, a fim de possibilitarem melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a concretizar a igualização de situações sociais desiguais. “São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade”.⁴⁴

Nesse sentido, Bahia⁴⁵ lembra que a inspiração para o surgimento dos direitos de segunda geração veio da “Constituição Mexicana de 1917, da Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918 e da Constituição de Weimar, de 1919”. A autora afirma ainda que “os direitos de segunda geração trazem proteção aos direitos sociais, econômicos e culturais, onde do Estado não mais se exige uma abstenção, mas, ao contrário, impõe-se a sua intervenção”. É necessária para a configuração desses direitos a intervenção positiva do Estado, oferecendo à sociedade melhores condições de vida. Os exemplos mais comuns desse direitos são o direito à saúde, ao trabalho, à assistência social, o direito de greve e o direito à educação, como já mencionado.

Para compreender a essência dos direitos de segunda geração, vale voltar aos direitos

43 MACHADO, Ednilson Donisete; GIACHINI, Emanuele. **O direito à educação básica de qualidade e as políticas públicas de inclusão das crianças nas creches**. In: BRITO, Jaime Domingues, et al. (org). **Responsabilidade do estado**. Jacarezinho: UENP & Instituto Ratio Juris, 2014, p. 162.

44 VICENTINI, Danielle Regina Barttelli; COSTA, Ilton Garcia. **Direito à educação inclusiva no Brasil: Um olhar sobre as classes em hospitais**. In: In: BRITO, Jaime Domingues, et al. (org). **Responsabilidade do estado**. Jacarezinho: UENP & Instituto Ratio Juris, 2014, p. 83.

45 BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. Coleção Descomplicando. 3ª ed. Recife: Armador, 2017, p. 67.

fundamentais e lembrar que eles são divididos em três gerações. Mello explica da seguinte maneira:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.⁴⁶

Visando sua importante posição dentro das gerações de direitos fundamentais, é evidente que não basta haver uma educação ofertada à sociedade com desmazelo, simplesmente para que o governo cumpra seu dever de ofertá-la, mas sim que seja oferecida uma educação de qualidade. A educação não se resume nos ensinamentos básicos que a escola pode oferecer contendo as capacidades mínimas de leitura, interpretação e raciocínio lógico. A qualidade da educação vai além e esse é um tema complexo. Para Gadotti a qualidade significa:

(...) melhorar a vida das pessoas, de todas as pessoas. Na educação a qualidade está ligada diretamente ao bem viver de todas as nossas comunidades, a partir da comunidade escolar. A qualidade na educação não pode ser boa se a qualidade do professor, do aluno, da comunidade é ruim. Não podemos separar a qualidade da educação da qualidade como um todo, como se fosse possível ser de qualidade ao entrar na escola e piorar a qualidade ao sair dela.⁴⁷

O objetivo da educação é permitir que o indivíduo tenha não só a liberdade para exercer seus direitos sociais, culturais e econômicos, mas também que ele tenha capacidade para isso. De nada adiantaria se fosse oferecida uma educação que liberta o indivíduo, apenas em relação ao acesso à educação, mas o aprisiona por não desenvolver a capacidade desse indivíduo de formar seu próprio pensamento, refletir e exteriorizar seus ideais. Essa educação de qualidade precisa alcançar todo cidadão, sem exceção.

Araújo⁴⁸, em menção ao direito à educação, ressalta a questão da criança com deficiência: “a educação é direito de todas as pessoas, com deficiência ou não. As pessoas com deficiência têm direito à educação, à cultura, como forma de aprimoramento intelectual, por se tratar de bem derivado do direito à vida”. Nesse sentido, adentra-se em um movimento

46 STF - Pleno - MS nº 22.164/SP - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206. In: MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 44.

47 GADOTTI, Moacir. **Qualidade na educação: Uma nova abordagem**. Disponível em: <http://www.pmf.sc.gov.br/arquivos/arquivos/pdf/14_02_2013_16.22.16.85d3681692786726aa2c7daa4389040f.pdf>. Acesso em 26 de abril de 2017, p. 2.

48 ARAUJO, Luiz A. D. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 4. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, Ministério da Justiça, 2011, p. 57.

mundial denominado “inclusão”, no qual não mais cabe a discriminação.

De acordo com Ferreira⁴⁹ “A discriminação contra indivíduos e grupos em condição social de subalternidade são tão frequentes que, historicamente, se tornou necessária a publicação de documentos legais que tratam do tema”. Como exemplo, cita a *Convenção internacional contra a eliminação de todas as formas de discriminação racial*, que conceitua discriminação:

(...) qualquer exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos, e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou qualquer outro domínio da vida pública.⁵⁰

Afastando a discriminação, especialmente do âmbito educacional e objetivando igualar as condições e o acesso a todas as crianças, a educação inclusiva surge como:

(...) uma ação política, cultural, social e pedagógica, desencadeada em defesa do direito de todos os estudantes de estarem juntos, aprendendo e participando, sem nenhum tipo de discriminação. A educação inclusiva constitui um paradigma educacional fundamentado na concepção de direitos humanos, que conjuga igualdade e diferença como valores indissociáveis, e que avança em relação à idéia [sic] de equidade [sic] formal ao contextualizar as circunstâncias históricas da produção da exclusão dentro e fora da escola.⁵¹

A inclusão desponta não só para o aprendizado curricular da criança com deficiência, mas também para que ela descubra como agir em um meio social amplo. Com o convívio entre diferentes, as crianças aprendem valores como tolerância, aceitação, companheirismo, amparo, entre outros, muito mais fadados a se desenvolver nesse contexto. Vicentini e Costa⁵² lembram que “o objetivo na inclusão escolar é tornar conhecida e valorizada a diversidade como forma de condição humana favorecedora da aprendizagem” e aponta acerca da criança com deficiência “o que realmente deve importar é a identificação de suas potencialidades, culminando com a construção de alternativas para garantir condições favoráveis à construção do conhecimento, bem como do resgate social, para que se tornem cidadãos de iguais direitos”.

Segundo Vicentini⁵³, o processo transitado até chegar ao modelo de inclusão na qual

49 FERREIRA, Windyz Brazão. **Direitos da pessoa com deficiência e inclusão nas escolas**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/03/03_ferreira_direitos_deficiencia.pdf>. Acesso em 5 de abril de 2017, p. 2.

50 ONU. **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968)**. Disponível em: <<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/convDiscrimina.pdf>>. Acesso em 04 de abril de 2017, p. 2.

51 BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. **Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva**. Brasília: MEC/SEESP, 2007, p. 1.

52 VICENTINI, Danielle Regina Bartelli; COSTA, Ilton Garcia. **Direito à educação inclusiva no Brasil: Um olhar sobre as classes em hospitais**. In: In: BRITO, Jaime Domingues, et al. (org). **Responsabilidade do estado**. Jacarezinho: UENP & Instituto Ratio Juris, 2014, p. 89.

53 VICENTINI, Danielle R. B. **Educação Inclusiva da Pessoa com Deficiência** – O crescimento na

a sociedade hoje busca se inserir e concretizar, percorreu quatro paradigmas: o da eliminação, o do assistencialismo, o da integração e finalmente o da inclusão. Fazendo uma breve explanação desses paradigmas, iniciando pela eliminação, percebe-se que apesar de ainda não ter sido extinguida por completo do contexto do país, é possível dizer que comparativamente com fatos passados da história do Brasil, pode ser considerada dizimada, já que, houve períodos de completo descaso com a pessoa deficiente. Em relação à essa memória do país, Silva resume que:

No Brasil a pessoa deficiente foi considerada por vários séculos dentro da categoria mais ampla dos ‘miseráveis’, talvez o mais pobre dos pobres... Os mais afortunados que haviam nascido em ‘berço de ouro’ ou pelo menos Revendo nossa história de relações com a pessoa com deficiência 26 remediado, certamente passaram o resto de seus dias atrás dos portões e das cercas vivas das suas grandes mansões, ou então, escondidos, voluntária ou involuntariamente, nas casas de campo ou nas fazendas de suas famílias. Essas pessoas deficientes menos pobres acabaram não significando nada em termos de vida social ou política do Brasil, permanecendo como um ‘peso’ para suas respectivas famílias.⁵⁴

No século XVII, com uma ideia importada da Europa no período imperial, o Brasil começou a voltar a atenção para as pessoas com deficiência, com olhar assistencialista, criando internatos. Essa prática do favor, da caridade, tão comum no país naquela época, instituiu o caráter assistencialista que permeou a atenção à pessoa com deficiência e à educação especial, em particular, desde seu início. As instituições começaram a assumir uma natureza de asilos, destinadas ao acolhimento de pessoas inválidas.⁵⁵

De acordo com Bueno⁵⁶, quanto à integração e à inclusão, ambas tem como norte a incorporação das crianças no ensino regular. Porém, a integração deixa implícita uma visão acrítica da escola, declarando que as dificuldades de adaptação derivam das características da criança com deficiência e de suas necessidades. Nesse sentido, o autor explica que:

A integração tinha como pressuposto que o problema residia nas características das crianças excepcionais, na medida em que centrava toda sua argumentação na perspectiva da detecção mais precisa dessas características e no estabelecimento de critérios baseados nessa detecção para a incorporação ou não pelo ensino regular, expresso pela afirmação “sempre que suas condições pessoais permitirem”.⁵⁷

O mesmo autor⁵⁸ esclarece que, diferentemente, a inclusão coloca a questão da

diversidade. Curitiba: Instituto Memória: 2016, p. 39.

54 SILVA, Otto Marques da. **A epopeia ignorada** - A pessoa deficiente na História do mundo de ontem e hoje. São Paulo: CEDAS, 1987. *apud* BRASIL, Ministério da Educação. **Garantindo acesso e permanência de todos os alunos na escola** - Necessidades educacionais especiais dos alunos. 2ª ed. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Especial, 2005, p. 25.

55 BRASIL, Ministério da Educação. **Garantindo acesso e permanência de todos os alunos na escola** - Necessidades educacionais especiais dos alunos. 2ª ed. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Especial, 2005, p. 27-28.

56 BUENO, José Geraldo Silveira. **Crianças com necessidades educativas especiais, política educacional e a formação de professores: generalista ou especialista?**. v. 3, nº 5. Piracicaba: UNIMEP, 1999, p. 8.

57 *Ibidem*, 8.

58 *Ibidem*, p. 8-9

incorporação dessas crianças pelo ensino regular reconhecendo as limitações e capacidades de cada criança, sendo essas características expressas pela criança com deficiência, superdotada, em situação de abandono, criança que trabalha, nômade, ou seja, refere-se a qualquer grupo com sua peculiaridade que classifique a criança como incomum. Esta estabelece que a escola atual não consegue dar conta dessas diferenças, na medida em que a escola proclama modificações estruturais para adaptar-se à criança.

Passando por todo esse percurso, percebe-se que a pessoa com deficiência enfrentou uma fase em que era tratada com rejeição pela sociedade, após, recebeu olhar de caridade, sendo excluída, porém obtendo determinado cuidado. Posterior a isso resolveu-se integrá-la na sociedade, mas limitando-a em suas condições e, por último, surgiu a ideia de que a sociedade deve se preparar para a pessoa com deficiência e não o contrário. Dentro do contexto do presente trabalho, a escola deve se adaptar à criança com deficiência e não a criança à escola.

São inúmeros os decretos e leis criados para proteção dos direitos das pessoas com deficiência, todos eles visando a inclusão do indivíduo na sociedade sem discriminação, garantindo a ele os mesmos direitos e deveres de outros cidadãos. Entre eles estão a lei nº 7.853 de 24 de outubro de 1989 que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, a nº 8.069 de 13 de julho de 1990 que em seu artigo 53, inciso III, garante atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, e a nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996 que trata da educação especial. Essencialmente, todas se baseiam na equidade dos indivíduos, sobressaindo o atendimento das necessidades das pessoas com deficiência a fim de buscar a igualdade em suas relações com os demais.

Entre as diversas leis, destaca-se a mais recente e importante, nº 13.146, de 6 de julho de 2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Em seu capítulo IV trata exclusivamente do Direito à educação. O capítulo obriga as instituições de ensino, público ou particular, oferecer todo suporte necessário para o aluno com deficiência, seja o acesso a qualquer setor do estabelecimento de ensino, seja material necessário para o aprendizado do aluno com deficiência, seja profissionais capacitados para o atendimento dele, proibindo cobrar qualquer quantia extra por esses serviços. Na mesma lei, em seu artigo 88, o estatuto traz a sanção a ser aplicada aos estabelecimentos de ensino que discriminar um aluno com deficiência, rejeitando sua matrícula sem justificativa aceitável: “Praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.”.

Evidentemente o processo de ensino na sala onde há crianças com deficiência deve ser diferente:

As atividades desenvolvidas no atendimento educacional especializado diferenciam-se daquelas realizadas na sala de aula comum, não sendo substitutivas à escolarização. Esse atendimento complementa e/ou suplementa a formação dos estudantes com vistas à autonomia e independência na escola e fora dela.⁵⁹

Apesar disso, cabe às instituições adaptar-se à realidade dessas crianças, valorizando suas individualidades, respeitando seus limites e desenvolvendo-as não só pelo seu intelecto realizando todo o possível, mas também induzindo sua convivência social, para o bem do indivíduo com deficiência e de todos a sua volta. A inclusão é uma premissa que se estendeu e alcançou as escolas e sua tendência é ser cada vez mais ampliada na sociedade de maneira que a levará a necessidade de se adequar completamente à pessoa com deficiência, respeitando integralmente a diversidade.

5. A REALIDADE DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA NAS ESCOLAS PÚBLICAS

A Constituição de 1988 ao dispor em seu artigo 205 ser “a educação direito de todos”, obviamente estava incluindo neste “todos”, as pessoas com deficiência.

Dentre as diversas leis e decretos sobre o tema, o art. 4º, inciso III da LDBN (Lei nº 9.394/96) repete a norma constitucional disposta no art. 208, inciso III da CF/88, consolidando que o atendimento educacional às pessoas com deficiência deve ser feito “preferencialmente” na rede regular de ensino.

Em 2008 foi criada a Política de Educação Especial na Perspectiva Inclusiva, garantindo que os estudantes com deficiência e os demais grupos que se incluem no público alvo da Educação Especial, tenham o direito a frequentar a sala de aula comum. A política também estabelece que, quando necessário, esses devem receber atendimento educacional especializado no período inverso ao da escolarização.

Para Mazzota⁶⁰, durante muito tempo a Educação Especial foi vista como uma modalidade de ensino caracterizada por um conjunto de recursos educacionais com o objetivo de apoiar, suplementar e até mesmo substituir os serviços educacionais comuns.

Contudo, hoje, Fávero⁶¹ entende que o atendimento segregado e especializado, que ocorria antigamente, não pode ser mais admitido em substituição à educação nas classes comuns da rede regular, ou seja, é inaceitável que o atendimento seja oferecido exclusivamente pela chamada rede especial.

59 BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. **Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva**. Brasília: MEC/SEESP, 2007, p. 11.

60 MAZZOTA, Marcos, J.S. **Educação Especial no Brasil: histórias e políticas públicas**. SP: Cortez, 1996, p. 11.

61 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**. SP: RT, 2006, p. 169.

Em 2014 foi criado o Plano Nacional da Educação (PNE), com o objetivo de direcionar esforços e investimentos para o avanço da qualidade da educação no país. O PNE tem força de lei e estabelece vinte metas para serem atingidas em dez anos. Todos os estados e municípios devem elaborar projetos buscando atingir os objetivos previstos no PNE, considerando as particularidades locais.

Entre as metas do PNE está a evolução dos indicadores da inclusão, a meta 4, com o objetivo de universalizar a educação para alunos de 4 a 17 anos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, o acesso à educação básica e ao atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, com a garantia de um sistema educacional inclusivo.

As matrículas dos alunos com deficiência em escolas comuns cresceram significativamente entre 2007 e 2016. No ano de 2016 houve um considerável avanço no quadro de rompimento da exclusão, já que 82% dos estudantes matriculados na Educação 14 Básica estavam estudando em salas comuns. As matrículas em escolas exclusivas, ou seja, escolas que atendem somente alunos com deficiência, caiu para 15,4% e, por sua vez, a porcentagem de matrículas em classes especiais apresentou 2,6%, a menor taxa.⁶²

De 2005 a 2015, o salto foi o equivalente a 6,5 vezes, de acordo com o Censo Escolar, do Inep (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira). O total subiu de 114.834 para 750.983 estudantes com alguma deficiência convivendo com os demais alunos.⁶³

Dados do PNE de 2016 também mostram que quanto mais elevada a etapa, maior a concentração de matrículas em classes comuns. A Educação Infantil chega a 84,2% das matrículas, os anos iniciais do Ensino Fundamental atingem 79,2%, os anos finais do Ensino Fundamental chegam a 97,4% e o Ensino Médio a 98,6%.

Apesar dos números expressivos percebidos, ainda não foi atingida a meta ideal para as matrículas de alunos com deficiência na classe comum. Mais insatisfatório são, no entanto, os dados referentes à capacidade de a escola receber adequadamente os alunos com mobilidade reduzida ou deficiência. Na rede pública de ensino básico, apenas 6,1% das escolas eram adaptadas às necessidade de alunos em 2007 e em 2014, apesar de ter aumentado essa porcentagem, apenas 21% possuíam estruturas apropriadas para receberem alunos com deficiência ou mobilidade reduzida, segundo os dados apresentados pelo

62 **OBSERVATÓRIO DO PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO.** Disponível em: . Acesso em 13 de maio de 2017.

63 Disponível em: <http://g1.globo.com/educacao/noticia/total-de-alunos-especiais-em-escolas-comuns-cresce-6-vezes-em-10-anos.ghtml>. Acesso em 29 de junho de 2017.

Observatório PNE.

Quanto ao número de profissionais capacitados para o atendimento de alunos com deficiência, passou de 11.512 em 2007 para 32.723 em 2014 na rede pública em todo país. Apesar de ser um relevante aumento na equipe profissional, sabe-se que ainda está longe de alcançar um número satisfatório se levada em consideração a quantidade de alunos com deficiência inseridos no sistema público de ensino.

Inúmeros casos têm sido levados ao Poder Judiciário, ante a omissão do Estado em atender com qualidade a demanda dos alunos com deficiência:

TJ-RS - Agravo de Instrumento AI 70066163908 RS (TJ-RS). Data de publicação: 04/11/2015. **Ementa:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. DIREITO À EDUCAÇÃO. ALUNO PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. ACOMPANHAMENTO POR MONITORES. CONCESSÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO DE TORNAR EFETIVO O DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. 1. Restando atendidos os requisitos do art. 273 do CPC, na medida em que há prova inequívoca do direito invocado, bem como do risco de dano de difícil reparação, é cabível a concessão da antecipação de tutela, ainda que contra a Fazenda Pública, considerando que os direitos à saúde e à educação de criança portadora de necessidades especiais devem ser plenamente assegurados. 2. O dever constitucional do Estado - em sentido lato - de prover o acesso à educação, notadamente em favor das crianças e adolescentes, tem arrimo nos arts. 205 e 227 da Constituição Federal. Em relação aos portadores de necessidades especiais, a obrigação do Estado não se esgota com a simples oferta da vaga, em condições iguais àquelas oferecidas aos demais alunos, indo muito além, pois requer atendimento adequado dessas necessidades ditas especiais, a fim de assegurar a aprendizagem e o desenvolvimento, não somente dos alunos com deficiência, mas de todo o grupo, conforme art. 208, inc. III, da Constituição Federal. Assim, ao admitir alunos portadores de deficiência em suas escolas regulares, deve o Estado providenciar estrutura física (de acessibilidade, por exemplo) e de pessoal adequada para que o direito à educação... seja realmente efetivo a todos os alunos. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70066163908, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 29/10/2015). (grifo nosso)

Três em cada quatro escolas do país não contam com itens básicos de acessibilidade, como rampas e corrimãos e sinalização, sendo menos de um terço com sanitários adaptados para deficientes. É o que revela o Censo Escolar 2014, do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). No caso das escolas municipais, o índice é ainda mais grave, já que só 17% das unidades têm as estruturas mínimas para deficientes.⁶⁴

Dados da Fundação Lemann e Meritt, responsáveis pelo portal QEdu, indicam que apenas 23 municípios do Brasil contam com todas as suas escolas acessíveis – incluindo banheiros totalmente adequados a deficientes.

Neste contexto, apesar de toda legislação vigente e dos dados acima descritos, ao se

64 Disponível em: < <http://especiais.g1.globo.com/educacao/2015/censo-escolar-2014/a-escola-acessivel-ou-nao.html>> Acesso em 29 de junho de 2017.

analisar a realidade da educação inclusiva nas escolas públicas, percebe-se um descaso do poder público em colocar em prática políticas públicas capazes de proporcionar uma inclusão de qualidade.

A verdade é que a inércia do Estado em tornar efetivos os direitos fundamentais sociais, especialmente em países como o Brasil, só comprovam o desprezo dos governantes pela Constituição, ou seja, quando o Estado se omite na efetivação de direitos, como a educação, acaba compelindo o Judiciário a atuar para restaurar o respeito à autoridade constitucional.⁶⁵

Não há dúvidas que cabe ao Estado, em atendimento ao princípio da eficiência e continuidade dos serviços públicos, atuar de forma legal, por meio de mecanismos de fiscalização, controle e investimento, a fim de garantir uma inclusão digna e com qualidade.

Para serem concretizados os desafios propostos à educação brasileira, é preciso direcionar maior investimento na formação de educadores, no aprimoramento das práticas pedagógicas, na acessibilidade das estruturas escolares, na tecnologia direcionada ao aprendizado do aluno com deficiência, bem como parcerias entre interessados da comunidade escolar e da gestão pública. Só assim, as metas propostas para o ensino inclusivo conseguirão extrapolar os manuais de direito constitucional.

O que se percebe é que entre o direito à educação inclusiva e a real efetivação deste, existe um longo caminho a ser percorrido, já que o ensino público de qualidade no Brasil, ainda se apresenta como uma promessa, “mascarada” em forma de meta.

6 CONCLUSÃO

A pessoa com deficiência sofreu, ao longo da história, toda forma de desrespeito e humilhação pelo simples fato de ser diferente dos padrões estabelecidos pela maioria dita “normal”. Hoje, a política de inclusão social busca a convivência com a diversidade, devendo a deficiência ser vista como parte da condição humana.

A educação inclusiva deve ir além dos dispositivos constitucionais de que o educando tenha o direito de frequentar os bancos escolares. Trata-se de um movimento muito mais amplo, que requer uma nova organização política, cultural, social e pedagógica, desencadeada em defesa de todos.

Inquestionável que todos têm direito à educação, mas apenas garantir a matrícula da pessoa com deficiência na rede pública não é inclusão. É preciso ponderar os mecanismos

65 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e protagonismo Judiciário. São Paulo: RT, 2011, p. 218.

adequados a esta inclusão. Apesar de todos os dados promissores a respeito do acesso desses alunos às escolas comuns, não há menção a indicadores de qualidade. Neste contexto, são perceptíveis as falhas nas políticas públicas adequadas para que exista apoio técnico e financeiro às escolas para tanto.

Infelizmente, diante de todas as dificuldades e desafios a enfrentar na escola pública, a ideia equivocada do assistencialismo ainda aparece enraizada socialmente, reforçando o desejo de manter essas crianças/adolescentes com deficiência em espaços especializados, segregados do ensino regular, como se esta fosse a melhor alternativa de “protegê-los” do descaso estatal.

Mas não, isso não pode mais ser admitido. A existência de escolas especiais é absolutamente válida quanto ao atendimento educacional especializado, “complementar” ao ensino regular e não como única modalidade educacional, exclusiva e segregadora. É direito de “todos”, deficientes ou não, o convívio mútuo, pois ambos ganham.

O que se espera, enfim, é que aconteça uma efetiva preocupação do Estado em promover uma educação inclusiva de qualidade, a fim de que independente de qualquer condição, seja possível o aprendizado em uma ambiente escolar preparado para lidar com a rica experiência de se conviver com a diversidade humana.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz A. D. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 4. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração das Pessoa Portadora de Deficiência, Ministério da Justiça, 2011.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martins Claret, 2001. *apud* VICENTINI, Danielle R. B. **Educação Inclusiva da Pessoa com Deficiência**. O crescimento na diversidade. Curitiba: Instituto Memória: 2016

BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. Coleção Descomplicando. 3ª ed. Recife: Armador, 2017.

BUENO, José Geraldo Silveira. **Crianças com necessidades educativas especiais, política educacional e a formação de professores: generalista ou especialista?**. v. 3, nº 5. Piracicaba: UNIMEP, 1999.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. **Política nacional de educação especial na perspectiva da educação inclusiva**. Brasília: MEC/SEESP, 2007.

_____. Ministério da Educação. **Garantindo acesso e permanência de todos os alunos na escola** - Necessidades educacionais especiais dos alunos. 2ª ed. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Especial, 2005.

- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e protagonismo Judiciário**. São Paulo: RT, 2011, p. 218.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPELLINI, Vera L. M. F; MENDES, Enicéia G. **História da Educação Especial: Em busca de um espaço na história da educação brasileira**. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/acer_histedbr/seminario/seminario7/TRABALHOS/V/Vera%20lucia%20messias%20fialho%20capellini.pdf>. Acesso em 26 de fevereiro de 2017.
- COSTA, Sandra Morais de Brito. **Dignidade humana e pessoa com deficiência: aspectos legais trabalhistas**. São Paulo: Ltr, 2008.
- COULANGES, Fustel de. **A cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- Direito News. **Atenção exclusiva: aluno com deficiência tem direito a monitor individual, decide TJ**. Disponível em: <<http://www.amodireito.com.br/2017/06/atencao-exclusiva-aluno-com-deficiencia.html>>. Acesso em 16 de junho de 2017.
- FAVERO, Eugênia. A. G. **Direito das pessoas com deficiência - Garantia de igualdade na diversidade**. Rio de Janeiro: WVA, 2004.
- _____. O direito das pessoas com deficiência de acesso à educação. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David (Coord.). **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. SP: RT, 2006, p. 169.
- FERREIRA, Júlio Romero. **Educação especial, inclusão e política educacional: notas brasileiras**. In: RODRIGUES, David. (org.). **Inclusão e Educação: Doze olhares sobre a educação inclusiva**. São Paulo: Summus, 2006.
- FERREIRA, Windyz Brazão. **Direitos da pessoa com deficiência e inclusão nas escolas**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/03/03_ferreira_direitos_deficiencia.pdf>. Acesso em 05 de abril de 2017.
- GADOTTI, Moacir. **Qualidade na educação: Uma nova abordagem**. Disponível em: <http://www.pmf.sc.gov.br/arquivos/arquivos/pdf/14_02_2013_16.22.16.85d3681692786726a2c7daa4389040f.pdf>. Acesso em 26 de abril de 2017.
- GUGEL, Maria Aparecida. **História da pessoa com deficiência**. Disponível em: <<http://phylos.net/direito/pd-historia/>>. Acesso em 20 de março de 2017.
- JANNUZI, Gilberta Martino. **Oficina abrigada e a integração do deficiente mental**. *Revista Brasileira de Educação Especial*, vol. 1, n. 1. Disponível em: <http://www.abpee.net/homepageabpee04_06/artigos_em_pdf/revista1numero1pdf/r1_art05.pdf>. Acesso em 24 de julho de 2015.
- MACHADO, Ednilson Donisete; GIACHINI, Emanuele. **O direito à educação básica de**

qualidade e as políticas públicas de inclusão das crianças nas creches. In: BRITO, Jaime Domingues, et al. (org). **Responsabilidade do estado.** Jacarezinho: UENP & Instituto Ratio Juris, 2014.

MANTOAN, Maria Tereza Eglér. Inclusão escolar: O que é?. In:_____. **Inclusão escolar - O que é? Por quê? Como fazer?.** São Paulo: Moderna, 2003, p. 13-19.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MAZZOTTA, Marcos. J. S. História da educação especial no Brasil. In:_____. **Educação Especial no Brasil.** História e políticas públicas. São Paulo: Cortez, 2001, p. 30-65.

_____. **Educação Especial no Brasil: histórias e políticas públicas.** SP: Cortez, 1996.

MEIRELLES, Elisa; NICOLIELO, Bruna. **Uma inclusão só no papel.** In: Nova Escola. Disponível em: <https://novaescola.org.br/conteudo/2876/uma-inclusao-so-no-papel>. Acesso em 30 de maio de 2017.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais.** 15 ed. v. 17. São Paulo: Saraiva, 2015.

PLATÃO. **A república.** Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

RIBEIRO, Maria Luisa Sprovieri. **Perspectivas da Escola Inclusiva:** Algumas reflexões. In: **Educação Especial: do querer ao fazer.** Adriano Monteiro de Castro (et al); Organizadoras Maria Luisa Sprovieri Ribeiro, Roseli Cecília Rocha de Carvalho Baumel. São Paulo: Avercamp, 2003.

SANTOMAURO, Beatriz. **Inclusão: ameaça de retrocessos no atendimento de alunos com NEE.** In: Nova Escola. Disponível em: <<https://novaescola.org.br/conteudo/2874/inclusao-ameaca-de-retrocessos-no-atendimento-de-alunos-com-nee>>. Acesso em 30 de maio de 2017.

SILVA, Otto Marques da. **A epopeia ignorada.** A pessoa deficiente na História do mundo de ontem e hoje. São Paulo: CEDAS, 1987. *apud* BRASIL, Ministério da Educação. **Garantindo acesso e permanência de todos os alunos na escola -** Necessidades educacionais especiais dos alunos. 2ª ed. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Especial, 2005.

SILVA, Otto Marques da. **A epopeia ignorada.** A pessoa deficiente na História do mundo de ontem e hoje. São Paulo: CEDAS, 1987.

STAINBACK, Susan e STAINBACK, William. **Controversial issues confronting special education:** Divergent perspectives. Boston. Eds.: Allyn & Bacon. p. 13-25, 1992. *apud* CAPELLINI, Vera L. M. F; MENDES, Enicéia G. **História da Educação Especial:** Em busca de um espaço na história da educação brasileira. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/acer_histedbr/seminario/seminario7/TRABALHOS/V/Vera%20lucia%20messias%20fialho%20capellini.pdf>. Acesso em 27 de fevereiro de 2017.

VICENTINI, Danielle R. B. **Educação Inclusiva da Pessoa com Deficiência.** O crescimento

na diversidade. Curitiba: Instituto Memória: 2016.

VICENTINI, Danielle Regina Bartelli; COSTA, Ilton Garcia. **Direito à educação inclusiva no Brasil: Um olhar sobre as classes em hospitais.** In: BRITO, Jaime Domingues, et al. (org). **Responsabilidade do estado.** Jacarezinho: UENP & Instituto Ratio Juris, 2014.

DIREITO À INOVAÇÃO NO PARADIGMA CONSTITUCIONAL DE 1988 E OS DELINEAMENTOS DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO COMERCIAL

Daniela Ramos Marinho GOMES¹
Luiz Otávio BENEDITO²

RESUMO

Desde há muito tem prevalecido a concepção segundo a qual um país efetivamente desenvolvido, demanda, além de outros elementos, pelo estímulo à inovação, sendo este essencial para o desenvolvimento econômico, social e ambiental. Neste passo, estruturado em quatro tópicos, este trabalho desenvolve com análise do roteiro prescrito na Constituição Federal de 1988, notadamente de seus artigos 218 e 219, com vistas a esclarecer a posição assumida desta *Carta*, no que diz respeito ao desafio tecnológico. Não obstante, perscruta as normas infraconstitucionais até chegar no projeto do novo Código Comercial – estatuto que seguirá como baluarte dos negócios firmados na esfera das atividades econômicas. A pesquisa se deu de forma exploratória com análise bibliográfica a partir de coleta de dados em material científico e informativo atualizado sobre o assunto abordado.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal; Direito à Inovação; Desenvolvimento Econômico; Código Comercial;

ABSTRACT

The conception that an effectively developed country has demanded, in addition to other elements, for the encouragement of innovation, which is essential for economic, social and environmental development, has long prevailed. In this step, structured in three topics, this work develops with an analysis of the itinerary prescribed in the Federal Constitution of 1988, notably its articles 218 and 219, with a view to clarifying the assumed position of this Charter, regarding the technological challenge. Nevertheless, it examines the infraconstitutional norms until arriving at the project of the new Commercial Code - statute that will continue as bulwark of the businesses signed in the sphere of economic activities. The research was done in an exploratory way with bibliographical analysis from data collection in updated scientific and informative material on the subject addressed.

KEY-WORDS: Federal Constitution; Right to Innovation; Economic development; Commercial Code;

INTRODUÇÃO

Desde há muito tem prevalecido a concepção segundo a qual um país efetivamente

1 Possui graduação em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha - UNIVEM (2005), pós-graduação lato sensu em Direito Empresarial com ênfase em Tributário pela Universidade Estadual de Londrina - UEL e mestrado em "Direito Negocial" pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Atualmente é professora da graduação do Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM, lecionando a disciplina de Direito Econômico e Economia Aplicada. Atua como advogada na área de Direito Tributário e Econômico.

2 Graduado em Direito pelo UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília (2014), pós-graduando em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Atua profissionalmente como advogado da área Empresarial na Marinho Advogados Associados.

desenvolvido, demanda, além de outros elementos, pelo estímulo à inovação, sendo este essencial para o desenvolvimento econômico, social e ambiental.

A palavra inovação vem sendo empregada no contexto de aplicação de novas ideias que compreendem as implantações de produtos e processos tecnologicamente novos ou substanciais melhorias tecnológicas nestes processos.

As medidas adotadas pelo Brasil com vistas à difusão tecnológica, tanto no campo legislativo, como no executivo pautam-se no pressuposto de que, em relação à inovação, o Estado brasileiro, indutor do desenvolvimento econômico, não pode renunciar à sua tradição histórica de conduzir a economia, devendo fazer-se mais eficiente, particularmente no que toca à política incentivo à inovação.

Neste passo, toca inferir que as evoluções científicas e tecnológicas deflagraram a necessidade de um aprofundamento reflexivo, especialmente no ramo do Direito, pois, acredita-se que o cenário de desenvolvimento econômico de um país está diretamente ligado à demanda normativa que a inovação e o desenvolvimento tecnológico requer. Isso explica a importância do estudo do tema.

É assim que este trabalho se desenvolve em suas linhas proemiais com análise do roteiro prescrito na Constituição Federal, notadamente em seus artigos 218 e 219, com vistas a esclarecer a posição assumida pela *Carta Mater* no que diz respeito ao desafio tecnológico. Não obstante, perscruta as normas infraconstitucionais até chegar no projeto do novo Código Comercial – estatuto que seguirá como baluarte dos negócios firmados na esfera das atividades econômicas.

Para tanto, este trabalho estruturou-se em quatro seções. A primeira aborda a Inovação como Direito no Paradigma Constitucional de 1988, realizando uma digressão quanto à Constituição Econômica que agasalhou a preocupação com o processo de desenvolvimento, donde avulta ululante a inovação. Neste tópico, os olhos se voltam com vistas a compreender o conteúdo inserto nos artigos 218 e 219 que tratam da ciência, tecnologia e inovação. Buscar-se-á apontar que a estruturação da Ordem Social brasileira também está alicerçada na promoção da pesquisa científica, no desenvolvimento do parque tecnológico e no incentivo e proteção à inovação. Tudo isso, sem olvidar que esta tarefa está intimamente e, em última análise, com o propósito de se promover o desenvolvimento de toda a nação brasileira.

Na segunda seção o trabalho partilha as nuances legislativas infraconstitucionais, com enfoque para os entes que investem em inovação, pesquisa e desenvolvimento. Neste conteúdo, buscar-se á demonstrar que o Estado brasileiro, por meio de importante e necessária

evolução legislativa infraconstitucional, vem consagrando e garantindo o Direito à Inovação, de forma a fomentar as atividades empreendedoras e promover a segurança aos entes envolvidos.

Volviendo para o terceiro tópico, foca-se nos delineamentos do Direito Comercial. E tal recorte metodológico se deu porquanto se os agentes econômicos representam os baluartes deste processo do processo de desenvolvimento e da integração da inovação, não se pode ignorar uma análise de seu conteúdo visto que ele representa verdadeiro estatuto das atividades empresariais. A preocupação centra-se no fato de que não se pode analisar legislações esparsas sem o necessário enfrentamento da norma que, por excelência, rege os empreendimentos econômicos brasileiros. Neste ponto, busca-se promover uma reflexão quanto ao alcance do novo Código Comercial aos elementos de inovação e tecnologia.

Por fim, o trabalho centra-se no Projeto de Lei nº 1.572/2011 que tramita do Congresso Nacional, de autoria do Deputado Federal Vicente Cândido (PT-SP), que traz a nova redação do Código Comercial brasileiro, oportunidade em que se promoverá discussões quanto à carência de elementos em torno de conteúdos de inovação.

A pesquisa se deu de forma exploratória com análise bibliográfica a partir de coleta de dados em material científico e informativo atualizado sobre o assunto abordado.

1. INOVAÇÃO COMO DIREITO NO PARADIGMA CONSTITUCIONAL DE 1988

Antes de enveredar pelos dispositivos que agasalham o direito à inovação, importa apresentar o panorama constitucional que possibilitou a inserção de conteúdos com vistas à proteção e promoção do mercado.

Para tanto, necessário trazer a lúmen que nossa Constituição é considerada como uma “Constituição Econômica”.

Com efeito, a partir do momento em que há o advento do constitucionalismo social, mudanças no modelo textual de Constituições são sentidos com a inserção dos Direitos Econômicos e Sociais. Mais do que o sistema esquemático de distribuição de textos, a valorização ideológica de uma nova dimensão constitucional, de marca reformadora, faz incluir a dimensão de normas de política econômica no texto da Constituição.

O debate em torno das Constituições Econômicas intensificou-se no século XX, com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Formalmente, as Constituições do século XX diferenciam-se das anteriores por, entre outros motivos, conterem uma expressão formal de Constituição Econômica, com uma estrutura mais ou menos sistematizada em um capítulo próprio.

A diferença essencial que surge a partir do constitucionalismo social do século XX e que delimita o debate sobre a Constituição Econômica é o fato de que estas Constituições não pretendem mais receber a estrutura econômica existente, mas alterá-la: assim, positivam tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos. A ordem econômica destas Constituições é programática, dirigente. A Constituição econômica que se concebe surge quando a estrutura econômica se revela problemática, quando se esvai a crença na harmonia operada pelo mercado. Então surge com a pretensão de ser uma nova ordem econômica, de molde a alterar a ordem econômica existente, rejeitando o mito da auto-regulação do mercado.

O que caracteriza essa ordem constitucional da economia é o fato de integrar declarações de tarefas a realizar na economia, no sentido de conduzir a certos objetivos, incluindo os concernentes à República Federativa do Brasil, cravados no artigo 3º da Constituição, donde tem destaque a busca pelo desenvolvimento.

Assim, a busca pela inovação, como corolário do anseio pelo desenvolvimento é fruto de um paradigma Constitucional que não ignora o mercado e as questões que o permeiam; ao contrário, lança diretrizes com fincas a lograr o progresso da nação brasileira.

É necessário dizer, todavia, que para se alcançar os fins colimados pela Constituição, necessário atentar para os delineamentos de Konrad Hesse (1991), cujos estudos se concentraram na abertura e a força normativa da Constituição, contrapondo-se às reflexões apresentadas por Ferdinand Lassalle, em 1862, para quem as questões constitucionais não seriam jurídicas e sim políticas. A Constituição seria apenas um pedaço de papel (*ein Strück Papier*), e sua concretização estaria limitada à compatibilidade com a “Constituição real”. (LASSALLE; 2001).

A teoria de Hesse se baseia na existência, de um lado, do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais e, de outro, uma força determinante do Direito Constitucional. Contudo, ambos os aspectos devem ser observados: “*Constituição real e Constituição jurídica estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra*”. (HESSE, 1991, p. 15)

De acordo com sua modulação teórica, a Constituição não configura apenas a expressão de um dever ser (*Sollen*); porquanto significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, em especial as forças políticas e sociais. E isto ocorre em virtude de sua pretensão de eficácia em que a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.

A Constituição jurídica, segundo Hesse (1991, p. 15). deve converter-se em força

ativa com efeitos para o presente; ou seja, embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, pode impor tarefas. É dizer: haverá concretização da força normativa da Constituição se essas tarefas forem efetivamente realizadas.

Salienta Hesse (1991, p.19) que “A Constituição se transformará em força ativa da Constituição se estiver presente na consciência geral não só a vontade do poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).” E essa vontade do poder e da Constituição devem se adaptar a eventual mudança de condicionantes, ou melhor, da realidade, de modo que a Constituição se limite ao estabelecimento de alguns princípios fundamentais para não sofrer constantes revisões que desvaloriza a sua força normativa. No seu ver, a existência de revisões constitucionais, ao argumento de suposta e inarredável necessidade política, se afiguram danosas para a concretização da força normativa da Constituição.

Nesse contexto, a simples interpretação constitucional, submetida ao princípio da ótima concretização da norma, não pode ficar subsumida à lógica e aos conceitos. Isto porque, se o direito e, sobretudo, a Constituição, tem a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação os torne inóxios. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição.

Assim é que, neste cenário, a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação (HESSE, 1991, p. 21-22).

Em resumo, o que Hesse sustenta é que a Constituição jurídica não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo, isto é, sua eficácia somente será realizada se essa realidade for considerada. “Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social, de modo que as possibilidades e limites da força normativa da Constituição resultam na correlação entre *ser* e *dever ser*. (1991, p. 24)

As lições acima lançadas o foram com o propósito de reverberar que as premissas cravadas na Constituição no que toca ao Direito à Inovação, ao desenvolvimento e à atenção ao mercado, não pode ser simplesmente positivada no texto constitucional, compreendida por uma lógica dedutiva. Ao contrário: deve ser construída e reconstruída, a fim de obter concretude no seio da sociedade, onde se dão as relações humanas. Este é novo paradigma para uma hermenêutica construtivista no Estado Democrático de Direito que o Brasil logrou alcançar.

Especificamente, ao falar de concretude da Constituição, os olhos se voltam, neste trabalho, para o conteúdo inserto nos artigos 218 e 219 que tratam da ciência, tecnologia e

inovação. Essa abordagem constitucional se encontra sob o título da Ordem Social, pelo que se deve sublinhar que “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação científica e tecnológica e a inovação” (*caput*, do art. 218). Verifica-se, portanto, que a estruturação da Ordem Social brasileira também está alicerçada na promoção da pesquisa científica, no desenvolvimento do parque tecnológico e no incentivo e proteção à inovação.

Em verdade, a forte integração do texto constitucional e da legislação infraconstitucional se alinham e empreendem um objetivo em comum: o desenvolvimento de âmbito nacional com intuito de reduzir as desigualdades regionais e sociais, nos termos do art. 3º da Carta Magna.

Em tempos atuais, principalmente após a Emenda Constitucional nº 85 de 2015, a perspectiva dos artigos 218 e 219 da Constituição Federal brasileira – que delineiam a forma celeiros dos projetos de inovação, ação de uma ordem econômica nacional baseada no estímulo e desenvolvimento da ciência e tecnologia - é a única forma de alicerçar as leis propostas e harmonizar com a nossa realidade econômica e social, promovendo a proteção e incentivo ao mercado nacional, prevendo:

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

§ 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação.

§ 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

§ 6º O Estado, na execução das atividades previstas no *caput*, estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de governo.

§ 7º O Estado promoverá e incentivará a atuação no exterior das instituições públicas de ciência, tecnologia e inovação, com vistas à execução das atividades previstas no *caput*.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da

inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

Breve análise do texto constitucional acima destacado demonstra que estes artigos “determinam a endogeneização da tecnologia e a homegeneização social, compondo o quadro de internacionalização dos centros decisórios que deve orientar toda regulação” (OCTAVIANI, 2011).

A redação do art. 218 avulta a função do Estado na marcha de desenvolvimento científico e de pesquisa tecnológica. A ele caberá o fomento e o incentivo por meio de políticas públicas e instituições a promoção da pesquisa de inovação. O que se percebe, portanto, é que o exercício do Estado não é segmentado, porquanto tem como objetivo o progresso da ciência e o bem-estar da população, além de buscar solução para os obstáculos internos do nosso país.

Para Eros Grau:

“A tarefa de viabilizar o rompimento do processo de dependência tecnológica no qual estão embrenhadas as sociedades subdesenvolvidas é missão do Estado, ainda que a evolução tecnológica haja de ser empreendida pela empresa – não mais pelo indivíduo” (GRAU, p. 264-265).

Isto posto, a endogeneização da tecnológica nada mais é do que o desempenho estatal no papel mentor da produção tecnológica de forma interna e voltada para as características e necessidades brasileira.

Acrescentando, o artigo 219 adicionou à ideia de endogeneização da tecnologia definindo a abrangência do Estado: o mercado interno. Numa interpretação conforme o paradigma constitucional, observa-se que o mercado nacional é patrimônio próprio e deve ser usufruído, primordialmente, para satisfazer as necessidades internas, considerando, ainda, o aspecto social da promoção do desenvolvimento e progresso.

Vale consignar que muito mais do que a natureza econômica, o fomento do mercado nacional tem o viés social, pois, promover o mercado é repartir renda e satisfazer com as políticas de bem-estar, desonerando os efeitos do crescimento de demanda que verificou-se na virtuosa industrialização de países desenvolvidos. (OCTAVIANI, 2008, p. 179).

Ainda, segundo Denis Borges Barbosa (2011, p. 14), a Constituição Federal não pretende estimular o desenvolvimento tecnológico em si, ou dos outros povos mais favorecidos; ela procura, ao contrário, ressaltar as necessidades e propósitos nacionais, num campo considerado crucial para a sobrevivência do seu povo.

Logo percebe-se que o protagonista do desafio de implementação da ampla inovação e tecnologia no país é o Estado. O Estado representado de diversas formas, através de

políticas públicas, de legislação compatível, institutos de pesquisa, dá a produção tecnológica nacional (na esfera pública e privada) um caráter que possibilite em alguns aspectos combater a condição periférica do Brasil no que toca à inovação.

Se o Estado se ausentar dessa tarefa crucial que lhe impinge ser a mola propulsora do desenvolvimento, de forma a fomentar a inovação – elemento essencial neste processo - a Constituição perderá a força normativa propugnada por Hesse e invocada no início deste escólio.

É de se dizer, por fim, que a eficácia da intervenção objetiva do Estado no tocante à política tecnológica mostrou-se empírica e fartamente conhecida em um exemplar sucesso de economia nacional. Em estudos realizados, os norte-americanos mostraram que o Japão ao promover a importação e licenciamento forçado de tecnologias, imitação, adaptação, uso e aperfeiçoamento pelas empresas nacionais, favorecendo mais a difusão tecnológica do que a criação obteve grandioso êxito econômico e social, permitindo que o Japão chegasse a alcançar uma situação de quase paridade tecnológica com os EUA em poucas décadas (Borrus, 1990, p. 262-263).

No mesmo passo, as medidas adotadas pelo Brasil (semelhantes no intuito de difusão tecnológica), em relação ao desenvolvimento e inovação, partem do pressuposto de que o Estado brasileiro, neste período da evolução econômica nacional, não pode renunciar à sua tradição histórica de comandar a economia e deve fazer-se mais eficiente, particularmente no que toca à política incentivo à inovação.

1.1 Emenda Constitucional 85 de 2015

Não obstante o conteúdo deslindado pelo constituinte de 1988, necessário tratar sobre a emenda em destaque, que emergiu no ordenamento brasileiro com vistas à atualização e ajuste da Constituição Federal para que suportar as mudanças trazidas pelo Projeto de Lei que visou constituir o Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (PL 2.177/11).

Em suma, a Emenda Constitucional determina que o Estado brasileiro “estimulará a formação e o fortalecimento de empresas inovadoras, a constituição e a manutenção de polos tecnológicos e a criação, absorção e transferência de tecnologia”.

Tal norma alterou vários dispositivos constitucionais para introduzir o termo “inovação”, e não apenas “ciência e tecnologia”, ao se referir aos propósitos de desenvolvimento e atividades que devem ser incentivadas pelo setor público.

Com as referidas alterações, passou a ser função do Estado estruturar antes do setor, tanto públicos quanto privados, na efetivação das atividades de pesquisa, capacitação

científica e tecnológica e inovação. Estabelecendo a permissão de cooperação das todas as esferas do governo (União, estados, Distrito Federal e municípios) com órgãos e entidades públicas e privadas.

Foram inúmeras as alterações realizadas pela Emenda, contudo, passa-se a expor as mais significantes:

- Fora instituído que as atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica, públicas ou privadas, poderão receber apoio financeiro do Poder Público (CF, art. 213, § 2º);

- Impôs-se ao Estado estimular a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, assim como nos demais entes, públicos ou privados, promover a constituição e a manutenção de polos e parques tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação e atuar em parceria com os inventores independentes e propiciar criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia." (CF, art. 219, parágrafo único);

- Facultou aos entes federativos firmar parcerias e cooperar com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, visando o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a realização de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente favorecido, na forma da lei. (CF, art. 219-A);

De mais em mais, as normas esposadas nesta e seguinte seção não perdem o caráter de intervenção no domínio econômico, nos termos do artigo 174 da Carta Magna, legitimada pela promoção da ciência e da tecnologia como valores constitucionais dignos da ação de incentivo do Estado brasileiro.

2. MARCOS REGULATÓRIOS INFRACONSTITUCIONAIS DE INCENTIVO À INOVAÇÃO

Não obstante o comando constitucional, o Estado brasileiro, por meio de importante e necessária evolução legislativa, vem consagrando e garantindo importância ao Direito à Inovação, promovendo norteamento e segurança aos entes envolvidos, pelo que fica evidente a participação da sociedade, sobretudo dos agentes econômicos.

2.1 Lei da Inovação

O estatuto legal da inovação está representado pela Lei 10.973/2004 (Lei da Inovação), alterada significativamente pelas Leis nº 12.349/2010 e 13.243/2016. Essa Lei é a

primeira a regulamentar parcerias entre o setor público e o privado. Em leitura, vislumbra-se que está sistematizada em torno de três vertentes: (i) a constituição de ambiente propício a parcerias estratégicas entre universidades, institutos tecnológicos e empresas; (ii) o estímulo à participação de institutos de ciência e tecnologia no processo de inovação e; (iii) o estímulo à inovação na empresa.

A Lei da Inovação, como ficou conhecida, foi instituída num período em que o país despertou para a premência de o governo instigar a inovação em ciência e tecnologia para o desenvolvimento nacional, diante do insucesso dos modelos precedentes, que foram o da troca de importações por meio da industrialização (entre 1950 e 1980) e o da abertura irracional do mercado para investimentos estrangeiros, traçado pela não intervenção equivocada do Estado na economia, que acarretou no fracasso da promoção da competitividade das empresas nacionais. Mesmo assim, o referido texto legal opera num contexto de prestígio aos instrumentos de mercado (SOUZA, 2011, p. 03-04).

Em termos práticos, os empresários interessados, um dos principais benefícios é o incentivo fiscal, consistente no abatimento no imposto de renda, dos dispêndios em P&D (Pesquisa e Desenvolvimento Tecnológico). Dispõe, ainda, sobre a obtenção de recursos públicos não-reembolsáveis para esta modalidade de investimentos.

Noutro ponto, além do incentivo econômico, a lei estabelece regras para a incubação de empreendimentos no espaço público e a possibilidade de compartilhamento de infraestrutura, equipamentos e recursos humanos, públicos e privados, bem como cria regras claras para a participação do pesquisador público nos processos de inovação tecnológica desenvolvidos no setor produtivo.

Para viabilizar a Lei da Inovação, o Governo Federal criou a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI). A agência ficou encarregada pela execução e fiscalização das políticas do escopo tecnológico. No mais, a ABDI tem como atribuição articular ações e estratégias da política industrial por meio do apoio ao desenvolvimento do processo de inovação e do fomento à competitividade do setor produtivo (PEREIRA, 2005, p. 11).

Em âmbito estadual, pode-se mencionar a existência da Lei de Inovação Paulista, aprovada em 2008, a Lei Complementar 1.049/2008 estabelece diligências de incentivo à inovação e dispõe, em âmbito regulamentar, sobre as parcerias entre universidades e centros de pesquisa públicos e a iniciativa privada no âmbito estadual. Em um dos seus dispositivos, institui-se permissão às universidades públicas e à FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo) em investirem seus recursos (financeiros e humanos) em

empreendimentos inovadores ou outras empresas privadas que tenham por finalidade gerar um ambiente propício à inovação.

Acerca da referida lei foi editado o Decreto Estadual nº 60.286/2014 (SP), alterado pelo Decreto nº 61.418/2015 (SP), que regulamenta o Sistema Paulista de Ambientes de Inovação – SPAI, compreendendo o Sistema Paulista de Parques Tecnológicos – SPTEC, a Rede Paulista de Incubadoras de Empresas de Base Tecnológica – RPITEC, a Rede Paulista de Centros de Inovação Tecnológica – RPCITEC e a Rede Paulista de Núcleos de Inovação Tecnológica – RPNIT.

2.2 Lei do Bem

No que se refere especialmente aos incentivos fiscais, foi criada a Lei 11.196/2005, alterada pela Lei nº 12.350, de 2010 que conhecida como Lei do Bem. Em seu escopo, pauta-se em um tripé, a saber: Pesquisa básica fundamental, pesquisa aplicada e desenvolvimento experimental.

Trata-se de outro texto normativo que requer destaque no âmbito da inovação. Recebe esse nome porque institui benefícios fiscais para as empresas inovadoras, considerando-as como inovadoras quando promove a “inovação tecnológica, a concepção de novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias incrementais e efetivo ganho de qualidade ou produtividade, resultando maior competitividade no mercado” (art. 17, § 1º).

Esta lei foi editada, em suma, para todas as empresas que investem em inovação, determinando que parte dos gastos com P&D pode ser direcionado ao abatimento de Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro, assim sendo, passam a ser as maiores beneficiadas, as empresas que optam pelo Lucro Real.

No que tange à efetividade da lei, foi constatado que grande parte das empresas ainda não se valem dos recursos e benefícios da Lei do Bem e o maior motivo é o desconhecimento. “Pode-se citar outros fatores, mas que ainda preservam relação com este: falta de assessoria especializada, que não deixa de ser falta de conhecimento; medo do fisco; dúvidas quanto à interpretação da Lei e demora na decisão interna” (INSTITUTO INOVA).

Esta lei concebe que o Governo Federal - ciente de que o crescimento do país passa pelo investimento em pesquisa, desenvolvimento e inovação-, pretende por meio Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) incentivar investimentos em inovação por parte do setor privado, promovendo a aproximação das empresas das universidades e institutos de pesquisa, potencializando os resultados em P&D.

Na diligência pelo desenvolvimento econômico, a Lei da Inovação e a Lei do Bem aparecem como elementos estimulantes indispensável para a criação de um ambiente onde é atribuído prioridade a ações que promovam suas próprias características de mercado, jungindo maior valor à produção, criando mais empregos e renda.

Nesse passo, vislumbra-se que a robusta integração entre o sistema nacional de inovação, a Constituição e a legislação infraconstitucional perseguem um único e comum objetivo: o desenvolvimento econômico nacional.

3. EVOLUÇÃO E DELINEAMENTOS DO DIREITO COMERCIAL

Este trabalho tem como escopo estudar as nuances em torno do desenvolvimento e da inovação previstos no paradigma constitucional.

Mas não só: Como os agentes econômicos representam os baluartes deste processo, optou-se, como recorte metodológico, analisar o projeto do novo Código Comercial (e da construção do Direito Comercial), visto que ele representa verdadeiro estatuto das atividades empresariais.

Isto, pois, não se pode analisar legislações esparsas sem o necessário enfrentamento da norma que, por excelência, rege os empreendimentos econômicos.

3.1 Das antigas corporações à teoria da empresa

A princípio, o Direito Comercial tinha como elemento precípua reger tão somente as relações dos comerciantes, uma vez que, historicamente, foi para isso que ele surgiu. Todavia, no decorrer das épocas, as atividades comerciais modificaram-se demasiadamente, abrangendo diversas atividades antes não consideradas mercantis. Isso tornou a ideia reducionista do Direito Comercial insatisfatória passando gradualmente, a ser deixada de lado.

Como todas as relações humanas, o comércio demanda de regulamentação com vistas à otimização de seu funcionamento e à proteção das partes envolvidas e é por isso que o Direito Comercial, apesar de alguns atrasos, acompanha a transformação da atividade comercial e da própria sociedade.

A princípio, importa referir que o Direito Comercial teve seu surgimento formal na Idade Média devido à ascensão de formas mais organizadas de comércio.

Antes disso, sabe-se que apesar de já existir legislações não específicas e esparsas acerca do assunto, não se encontrava um sistema independente e organizado que refletisse especificamente sobre as relações mercantis, ou seja, não havia um sistema que tutelasse,

unicamente, as demandas relativas à atividade comercial (NEGRÃO, 1999, p. 28-34).

Assim, a partir do século XII, ao invés dos comerciantes praticarem suas atividades com intensa locomoção, os comerciantes passaram a sistematizar-se de forma mais complexa e elaborada, situando-se em determinadas localidades onde passariam a exercer o comércio de forma imobilizada. Nesse período da Idade Média, os comerciantes tornavam substancial o estabelecimento em lugar fixo.

Desde então, vislumbrou-se maior influência dos comerciantes nas sociedades onde se fixavam, afastando, por conseqüência, a conotação marginal da classe mercante que até então, formavam caravanas e perambulavam entre as aldeias e feudos.

Diante de uma organização que se tornaria tão complexa, a classe de mercadores fortaleceu-se cada vez mais e passou a contar com o suporte de grandes organizações, as chamadas corporações.

Nesta conjuntura, propiciou-se a elaboração de um sistema legal e jurisdicional independente do direito estatal, o direito comum. Pretendia-se que este ordenamento, apartado do sistema comum, incidisse sobre as suas demandas de maneira distinta das demais relações jurídicas.

Nesse ponto, Marlon Tomazette (2004, p.2) explica que a experiência de ordenação e sistematização dentre os comerciantes foi, à época, tão bem sucedida que há autores que referem o poder econômico e militar das corporações de comerciantes (organizadas em Veneza, Florença e Gênova) como principal motivo da transição do regime feudal para o regime das monarquias, assim como de tantos outros fenômenos sociais que a partir daí foram estimulados.

E foi nestes termos que ficou registrado a primeira fase histórica do direito comercial, importando registrar o comentário de Fábio Ulhoa Coelho, em que afirma que nesse período “as corporações de comerciantes constituem jurisdições próprias cujas decisões eram fundamentadas principalmente nos usos e costumes praticados por seus membros” (2003, p.12-13)

Após a intensa transmutação do Direito Comercial aplicado desde então, houve um marco que é considerado uma evolução, foi a Codificação Napoleônica, em 1808, que apresentava, dentre outras situações, um rol de atividades consideradas mercantis e suas regulamentações. Este Código Comercial francês foi a primeira vez, que se tem notícia, que houve a sobreposição do Estado em relação às corporações.

O sistema criado pelo Código Comercial francês ressoou por todo planeta, servindo como influência em diversas codificações, tais como na Bélgica no ano de 1811, Espanha no

ano de 1829, Portugal em 1833, Itália em 1882 e conseqüentemente na criação do Código Comercial brasileiro em 1850.

O Código Comercial brasileiro, influenciado por diversos sistemas que foram posteriormente revogados ou caídos em desuso, trouxe como herança diversas falhas que, apesar dos grandiosos esforços legislativos e doutrinários para superar as imprecisões elencadas, com o tempo tornou-o supérfluo e tornou evidente a necessidade de elaboração de um novo sistema, que fosse menos dependente das construções jurisprudenciais e doutrinárias e que, ao mesmo tempo, pudesse acompanhar as evoluções sociais.

Assim sendo, com o advento do Código Civil brasileiro, promulgado em 2002, foi adotada a chamada teoria da empresa em substituição à ultrapassada teoria dos atos de comércio de origem francesa, que assumia como forma de diferenciação entre as sociedades civis e comerciais tão somente a natureza da atividade desenvolvida pelo empresário.

Em vista da necessidade de elaboração ou identificação de outro fator que não o da teoria dos atos de comércio, dada a insuficiência de critérios científicos na sua elaboração e aplicação, iniciou-se, em meados do século XX, um processo de deslocamento do eixo do direito comercial.

A partir desse período, evidenciou-se um crescente progresso da empresa, que passou a ocupar posição de progressivo destaque não apenas no que se refere à atividade econômica, mas também no âmbito jurídico.

Daí, diante da necessidade de atualização e adaptação, com a unificação dos códigos de direito privado, grande parte da matéria que previamente era objeto de regulação pelo Código Comercial de 1850 hoje fixou-se em um único livro do novo Código Civil brasileiro, sob a epígrafe de “Direito da Empresa”.

Para Ronnie Preuss Duarte (2004, p.31):

“É esse um dos fatores pelo qual, também na legislação comercial, assim como na economia, denota-se o referido deslocamento de eixo. Significa dizer que a empresa se identifica, nos dias atuais, como o elemento nuclear do direito comercial, modernamente concebido em função do grande destaque atribuído ao fenômeno empresarial, em suas várias manifestações”.

Naquela época, observou-se a ausência de critérios científicos que sustentassem a cisão entre os ramos civil e comercial. Outrossim, observou-se o desvio do eixo do comércio para a Empresa, fazendo com que novas teorias tivessem de ser formuladas, tais como a teoria da empresa.

A teoria da empresa adotada pelo Código Civil de 2002, de origem italiana, professa como fundamento, a identificação do empreendedor e a forma de organização dos fatores de

produção (capital, trabalho, insumos e tecnologia) para o exercício da atividade econômica com a finalidade de produção ou circulação de bens ou serviços.

Importa salientar que o Código Civil brasileiro vigente, também não estabeleceu o conceito de empresa, - assim como o Código Civil Italiano -, contudo, em seu artigo 966 definiu o empresário como sendo aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.

Inferese, portanto, que para o direito comercial vigente, a empresa é vista como *a atividade* exercida pelo empresário, este sim, sujeito de direito e obrigações, que organiza, de forma profissional, os fatores de produção (capital, trabalho, insumos e tecnologia) com a finalidade de produção ou circulação de bens ou serviços. (WALD, 2005, p.31)

E assim a produção ou circulação de bens ou serviços deve ser *atividade econômica* consistente na geração de receitas ao empresário, visto que a atividade de produzir ou circular bens ou serviços é passível de valoração econômica junto ao mercado consumidor e apta a gerar lucro ao empresário.

Ademais, além de ser uma atividade econômica, a empresa é uma atividade organizada fundada na organização dos fatores de produção que possibilitam a produção ou circulação de bens ou serviços e, por consequência, gerar riqueza ao empresário.

Conclui-se, a partir do que até aqui brevemente constou-se, que a história da intensa evolução do Direito Comercial - que não se limitará a adoção da teoria da empresa-, sempre buscou e sempre buscará a adaptação a evolução da sociedade.

O que se infere, nesse ponto, é que em âmbito nacional, o Código Civil de 2002 estabeleceu base para a caracterização do empresário, que também permite a delimitação da matéria comercial segundo a teoria da empresa, contribuindo para a definição da comercialidade das relações jurídicas no país, ao passo que a unificação sob aspecto apenas legislativo dos institutos, em nada lesou sua aplicação, mas passou a estabelecer novos parâmetros para o direito comercial brasileiro, amodernando a lei de 1850 que demonstra-se defasada e muitas vezes não atendia a real situação fática do negócio jurídico, tornado assim a lei, mesmo que expressa em um código não autônomo, mais eficaz.

4. PRINCIPAIS ASPECTOS DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO COMERCIAL E A INOBESERVÂNCIA A DEMANDA INOVADORA DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Sabe-se que o Código Comercial vigente é do tempo do Império (1850) e, manifestamente, tornou-se, pelo óbvio decurso do tempo, incompatível e até mesmo conflitante, com a realidade da atividade comercial. Principalmente em tempos em que o

empreendedorismo é palavra de ordem no cenário brasileiro.

Além de ultrapassado, o Código Comercial atualmente em vigor tem sido gradualmente abscindido, posto que as principais matérias do direito comercial se encontram, atualmente, dispersas na legislação, inclusive no Código Civil, o que tem impedido o tratamento sistemático das relações de direito comercial, causando grande prejuízo à economia brasileira.

No entanto, a Constituição Federal em seu art. 22, inciso I, considera o Direito Comercial como área distinta do Direito Civil, revelando, assim, mais compatível com a ordem constitucional a presença de um Novo Código, especialmente para o direito comercial, excluindo-se esta matéria do bojo do Código Civil.

Diante disso, por meio do Projeto de Lei nº 1.572/2011 que tramita do Congresso Nacional, de autoria do Deputado Federal Vicente Cândido (PT-SP), o ordenamento jurídico aguarda a nova redação do Código Comercial brasileiro.

Tal norma consiste em um conjunto de regras que visam disciplinar e sistematizar as relações jurídicas entre empresários e empresas com vistas a reduzir as amarras que freiam o desenvolvimento da atividade empresarial do Brasil.

São vários os objetivos almejados por este novo arcabouço legal; no entanto, se faz necessário elencar os três mais importantes e principais motivos apresentados pelos legisladores e juristas que compuseram a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania realizada em 18 de maio de 2011.

O primeiro consiste na reunião num único diploma legal, com sistematicidade e técnica, dos princípios e regras próprios do direito comercial com objetivo constituir-se o microsistema do direito comercial, que, ao lado do microsistema do Código de Defesa do Consumidor, compõem o direito privado da atualidade, permanecendo o Código Civil com o diploma geral do direito privado.

O Segundo, cinge-se em simplificar as normas sobre a atividade econômica, facilitando o cotidiano dos empresários brasileiros, haja vista que, de um lado, a complexidade que atualmente caracteriza o Direito Comercial não contribui para a atração de investimentos e, de outro lado, penaliza o micro e pequeno empresário, impondo-lhe custos desnecessários.

Um exemplo disso é a complexa normatização da sociedade limitada, sendo este o tipo societário mais empregado no país, fato que tem contribuído para a irregularidade diversas micro e pequenas empresas, que são as grandes criadoras de postos de trabalho no Brasil.

O terceiro refere-se à necessidade de edição do Novo Código Comercial para suprir as lacunas na ordem jurídica nacional, entre as quais avulta a inexistência de preceitos legais que confirmem inquestionável validade, eficácia e executividade à documentação eletrônica, possibilitando ao empresário brasileiro que elimine toneladas de papel, evidenciando outra justificativa sob o ponto de vista da sustentabilidade ambiental.

Noutro giro, a análise do Projeto de Lei nº 1.572/2011 leva a percepção que esta codificação está fincada entre outros, nos princípios da função social da empresa, liberdade de iniciativa e liberdade de competição.

Quanto ao princípio da função social da empresa, vale ressaltar que a empresa está cumprindo a sua função social quando gera postos de trabalho, circula riqueza, paga tributos, empregos e contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultura da região onde esta estabelecida ou onde atua.

A liberdade de iniciativa, um dos princípios mais significativos e importantes da ordem econômica brasileira, assegura a toda e qualquer pessoa o direito de organizar uma empresa e desenvolver seus negócios. O Novo Código Comercial reconhece que, em razão desse fundamento, a empresa privada é substancial ao atendimento das necessidades de cada um e de todos; declarando que o principal fator de estímulo da iniciativa privada é o lucro, indicando que a proteção jurídica do investimento é do interesse de toda a sociedade.

Em relação ao princípio da liberdade de competição, vislumbra-se neste texto um incentivo à competição saudável e leal, haja vista que é através dela que se vislumbra-se o impulso do empresário ao desafio de oferecer aos consumidores produtos e serviços de maior qualidade e menores preços.

De forma geral, o que se observa é que o Novo Código Comercial pretende estabelecer normas modernas, sistemáticas e adequadas à sociedade, contribuindo com a segurança jurídica e previsibilidade de decisões judiciais, indispensáveis à atração de investimentos, progresso pequenas empresas e grandes negócios, aumento da competitividade dos negócios brasileiros e desenvolvimento nacional.

Nesse passo, o que se pode perceber é que tanto as normas constitucionais e infraconstitucionais que promovem e garantem o direito a inovação, quanto ao projeto de lei do Novo Código Comercial visam o desenvolvimento econômico nacional. Aquele por incentivos a pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico e garantia de proteção à inovação e este pelo estabelecimento de normas e regras que auxiliem o empreendedor a promover o almejado progresso.

Todavia, como esse trabalho volta-se para a inovação, necessário ponderar que o

comércio eletrônico, uma das poucas medidas de conteúdo de inovação (porque envolve a era digital), adotadas pelo comércio mundial encontra-se fragilmente regulamentada, haja vista que esta especial modalidade mercantil será regulada comercialmente, por esse Código, em quatro artigos, do 108 ao 112.

Dessa forma, o que já existe na prática, que são as negociações realizadas por meios eletrônicos, passará, ainda que timidamente, a ser tratado e regulado pela nova norma que está prestes a ser avaliada e, certamente, aprovada, pelo Poder Legislativo. Na realidade atual, muitos grupos empresariais, em especial os de maiores portes, já têm seus sites, domínios e espaços de venda na rede eletrônica e, agora, passarão a contar com a regra condutora da relação empresarial entre si.

Diante disso, a despeito do importante passo dado com esse novo Código, pode-se perceber que, dada a inovação, amplitude e complexidade dos negócios que se firma na era digital, o Código Comercial que ainda tramita é omissivo em diversos aspectos, devendo haver necessários acréscimos antes de sua conclusão a fim de que a norma não floresça com lacunas insuperáveis.

CONCLUSÃO

Dentre os valores que o capitalismo dissemina, a corrida por inovação tecnológica tem notória evidência. O investimento e incentivo ao desenvolvimento e à inovação tecnológica tem sido de relevante importância, principalmente no Brasil, em que há uma esperança de superar o contexto de atraso tecnológico, sobretudo quanto ao escopo legal.

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988, que assimilou as características de uma Constituição Econômica, cravou em seu bojo o comando para a busca e efetivação do desenvolvimento nacional, donde se desdobra a inovação como elemento necessário para se lograr o almejado progresso.

Tal delineamento fica evidente nos artigos 218 e 219 da nossa Constituição, que estampa a construção de uma ordem econômica interna baseada na promoção e desenvolvimento da ciência e tecnologia, inovação e, não obstante, de proteção e incentivo ao mercado nacional.

Constata-se que, se o Estado se ausentar da tarefa crucial de ser a mola propulsora do desenvolvimento de forma a fomentar a inovação – elemento essencial para consagração do desenvolvimento - a Constituição perderá a força normativa propugnada por Konrad Hesse e invocada no início deste escólio.

Nesse cenário, para dar concretude ao anelado na Carta de 1988, no campo

legislativo o Brasil tem editado normas que retratam a intenção de implementar um projeto de desenvolvimento e inovação. Exemplo disso reside na Lei de Inovação (10.973/04), Lei do Bem (11.196/05), Emenda Constitucional nº 85 de 2015 e outras medidas de organização interna o mercado.

Indubitavelmente, os comandos legais devem ser compatibilizados com a realidade econômica e social brasileira, sob a perspectiva dos artigos 218 e 219 da Carta Magna. Vislumbra-se, portanto, robusta integração entre o sistema nacional de inovação, a Constituição e a legislação infraconstitucional, os quais, é de se notar, perseguem um único e comum objetivo: o desenvolvimento econômico nacional.

Revelou-se que muito mais que um acelerado processo de industrialização e desenvolvimento tecnológico para efetivar o progresso nacional, o caminho para superação do subdesenvolvimento, perpassa pela necessidade de conexão da legislação com as demandas empresariais, tanto para conseguirem incentivos governamentais, quantos para pulverizarem a inovação.

Lado outro, considerando que o Código Comercial é o estatuto por excelência que rege as atividades empresariais, celeiros dos projetos de inovação, optou-se, por recorte metodológico, debruçar sobre os principais aspectos que estão sendo tratados no novo projeto que está tramitando para alteração do Código Comercial. Foi assim que se constatou que, perdendo oportunidade de representar um projeto legal moderno, está deixando de contemplar premissas de suma importância na ordem de desenvolvimento, - tais como o regramento de estabelecimento comercial, formatações completas no que toca ao comércio eletrônico (já que o fez de forma tímida), ausência de incentivos à pesquisa tecnológica, pelo que fica evidente que não se verá disseminada, no bojo do novo código, a importância do caráter inovador das empresas.

Tal reflexão mostrou-se salutar, mesmo porque, se este Código Comercial tem a pretensão de representar o estatuto dos negócios no Brasil não se pode descurar, sob pena de ser natimorto, das normas que devem permear os negócios que estão sob a órbita das novas tecnologias e inovação.

Do mesmo modo, constatou-se que até mesmo o comércio eletrônico, uma das mais notórias e inovadoras medidas adotadas pelo comércio mundial encontra-se fragilmente regulamentada, haja vista que esta especial modalidade mercantil será regulada comercialmente, por esse Código, apenas em breves quatro artigos: do 108 ao 112.

Diante do cenário delineado ao longo destas linhas, a despeito do importante passo dado com esse novo Código, pode-se perceber que, dada a inovação, amplitude e

complexidade dos negócios que se firma na era digital, o Código Comercial que está em trâmite nas casas legislativas, é omissivo em diversos aspectos, urgindo necessários e pontuais acréscimos antes de sua conclusão a fim de que a norma não floresça pela balda da obsolescência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

BRASIL. **Código Civil**. 20. ed. Curitiba: Juruá. 2009.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Projeto de Lei nº 1.572, de 2011 (do Congresso Nacional) PL nº 157211. Institui o Código Comercial. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, Seção I, 15 de junho de 2011. p. 30316-30370.

_____. Lei 10.973/04. (Lei da Inovação) Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm>. Acesso em 15 de junho de 2017.

_____. Lei 11.196/05 (Lei do Bem). Dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111196.htm>. Acesso em 15 de junho de 2017.

BORRUS, M. *Macroeconomic perspectives on the use of intellectual property rights in japan's economic performance*. In: *Intellectual property rights in science, technology and economic performance*. Westview, 1990.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 12-13.

BARBOSA, Denis Borges. **Direito da Inovação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da Empresa à Luz do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Método, 2004.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Direito do Comércio Eletrônico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011

GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 12ª Edição. Editora Malheiros: São Paulo, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto

Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

INSTITUTO INOVA. Disponível em: <<http://www.institutoinova.org.br/index.php/inova>> Acesso em 20/06/2017.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial**. Campinas: Bookseller, 1999.

OCTAVIANI, A. S. **O Ordenamento da inovação tecnológica: a economia política da forma jurídica**. Disponível em:

<<http://www.ideiad.com.br/seminariointernacional/arquivo22.pdf>>, 2008. Acesso em 10 de maio de 2017.

_____. **A bênção de Hamilton na semiperiferia: ordem econômico-social e os juros da dívida pública interna**. In: SCAFF, Fernando Facury. CONTI, José Maurício. (Orgs.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.

Manual de Oslo: diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. 3. ed. OCDE: Eurostat: Financiadora de Estudos e Projetos, 1997.

PEREIRA, José Matias; KRUGLIANSKAS, Isak. **Gestão de Inovação**: A lei da Inovação Tecnológica como ferramenta de apoio às políticas industriais e tecnológicas no Brasil. *RAE-eletrônica*, v. 4, n. 2, Art. 18, jul./dez. 2005.

SOUZA, Ana Clara Medina Menezes de. **Gestão de Núcleos de Inovação Tecnológica**. XI Colóquio Internacional sobre Gestão Universitária na América do Sul, 2011, Florianópolis. *Anais dos Colóquios Internacionais sobre Gestão Universitária*, 2011.

TIGRE, Paulo Bastos. **Comércio Eletrônico e Globalização: desafios para o Brasil**. 1999.

TOMAZETTE, Marlon. **Direito Societário**. 2ª edição. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

VILLELA, Taís Nasser. **Abordagem Histórica do Sistema Nacional de Inovação e o Papel das Incubadoras de Empresas na Interação com Agentes deste Sistema**. XIX Seminário Nacional de Parques Tecnológicos e Incubadoras de Empresas, 2009. Disponível em: <http://www.redetec.org.br/publique/media/PUC-Rio-T-2_1.pdf> Acesso em: 11 de maio de 2017.

WALD, Arnaldo. **Comentários ao Novo Código Civil. V. XIV: livro II, do direito de empresa**. Coordenadores: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIREITOS SOCIAIS, DIGNIDADE HUMANA E PROPORCIONALIDADE: NOTAS EM TORNO DA DISCUSSÃO SOBRE O CONFLITO ENTRE LIBERDADE RELIGIOSA E POLÍTICAS PÚBLICAS

Elisângela PADILHA¹
João Victor Nardo ANDREASSA²

RESUMO

O objetivo deste estudo foi o de estudar a liberdade religiosa e o dever do Estado em prover uma política de saúde universal e igualitária. Também tem por objetivo estudar o princípio da dignidade humana e o princípio da proporcionalidade que devem ser utilizados como fundamentos e parâmetros para o controle jurisdicional de políticas públicas. Em um Estado Democrático de Direito brasileiro, nenhum direito é absoluto, estando todos eles sujeitos a limitações. Com a liberdade religiosa não é diferente, pois encontra restrições na ordem pública indispensável à vida em sociedade e desenvolvimento social do país. Logo, a problemática se apresenta da seguinte forma: exercício da livre convicção religiosa autoriza a alocação de recursos públicos escassos? Adotou-se como ação nuclear a pesquisa bibliográfica de reconhecidas fontes doutrinárias, de modo a possibilitar uma reflexão mais abrangente sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Dignidade da pessoa humana. Proporcionalidade. Liberdade religiosa. Políticas públicas.

ABSTRACT

The objective of this study was to study religious freedom and the duty of the State to provide a universal and egalitarian health policy. It also aims to study the principle of human dignity and the principle of proportionality that should be used as foundations and parameters for the jurisdictional control of public policies. In a Brazilian Democratic State of Law, no rights are absolute, all of which are subject to limitations. With religious freedom it is not different, because it finds restrictions in the public order indispensable to the life in society and social development of the country. Therefore, the problem appears as follows: exercise of free religious conviction authorizes the allocation of scarce public resources? It was adopted as a nuclear action the bibliographical research of recognized doctrinal sources, in order to allow a more comprehensive reflection on the subject.

KEY-WORDS: Right to health. Dignity of human person. Proportionality. Religious freedom. Public policy.

1. INTRODUÇÃO

1 Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pelas Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO/PROJURIS. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO. Graduada em Comunicação Social: Publicidade e Propaganda pela UNIMAR - Universidade de Marília. Atualmente é advogada. Também é professora nas disciplinas de Direito Civil, Direito Empresarial e Direitos Humanos e Fundamentais no curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO. Autora das obras "A eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais entre particulares" e "Novas estruturas familiares: por uma intervenção mínima do Estado".

2 Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO/FEMM.

As políticas públicas constituem campo fértil para a aplicação do princípio da proporcionalidade, pois, enquanto ferramentas de atuação (política) que têm por objetivo a concretização dos direitos fundamentais (jurídicos), tem-se aí um espaço aos Poderes Públicos em que a efetivação do Direito ocorre por meio de escolhas políticas que envolvem aspectos como a discricionariedade administrativa, orçamento, relação entre Poderes etc.

Logo, é na esfera dos direitos sociais, caracterizados por uma dimensão positiva, que se evidencia ainda mais a escolha dos meios e dos instrumentos mais adequados para a concretização dos objetivos assentados pela Constituição Federal. Se com relação aos direitos chamados de negativos, que correspondem aos direitos de defesa ou de abstenção, tem-se uma proibição de violar um direito protegido, no que tange aos direitos positivos, exige-se uma ação para proteger e promover os direitos. Sendo assim, abre-se espaço para uma ponderação que é traduzida na esfera administrativa como discricionariedade, haja vista que nem toda e qualquer ação que protege é devida.

Se por um lado não é possível negar que a efetivação de políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais roque por recursos públicos que, na maioria das vezes, são escassos, por outro lado, não se pode tolerar que o pretexto da escassez de recursos permita a violação do conteúdo resguardado pela noção de mínimo existencial, que pode ser considerado um direito fundamental implícito e exigível. Sendo assim, a maior dificuldade na seara dos direitos prestacionais é que eles estão condicionados ao orçamento, à eleição de fins e de meios.

Avançando na discussão, é patente que em um Estado Democrático de Direito brasileiro, nenhum direito é absoluto, ou seja, não existem direitos “intocáveis”, estando todos eles sujeitos a limitações. Com a liberdade religiosa não é diferente, pois encontra restrições na ordem pública indispensável à vida em sociedade e desenvolvimento social do país.

Neste contexto, a pergunta que se faz é: o exercício da livre convicção religiosa autoriza a alocação de recursos públicos escassos? A liberdade religiosa pode justificar o custeio de tratamento de saúde não previsto na rede pública?

Assim como a liberdade religiosa, o direito à saúde é indissociavelmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humanada. É o direito à vida, não somente sob o aspecto biológico, é o direito de existir, de se realizar como pessoa, ter a capacidade de viver experiências da sociedade de forma plena.

O objetivo deste estudo, portanto, foi o de estudar a liberdade religiosa e o dever do Estado em prover uma política de saúde universal e igualitária. Também tem por objetivo estudar o princípio da dignidade humana e o princípio da proporcionalidade que devem ser

utilizados como fundamentos e parâmetros para o controle jurisdicional de políticas públicas.

Adotou-se como ação nuclear a pesquisa bibliográfica de reconhecidas fontes doutrinárias, de modo a possibilitar uma reflexão mais abrangente sobre o tema.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Por direitos fundamentais entende-se aqueles direitos básicos do ser humano previstos na Constituição Federal que não podem ser desrespeitados. Constituem o primeiro e mais importante modo de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ingo Sarlet sustenta a tese de que a dignidade, em sentido jurídico, é uma qualidade intrínseca do ser humano que gera direitos fundamentais: (1) de não receber tratamento degradante de sua condição humana (dimensão defensiva); (2) de ter uma vida saudável (dimensão prestacional), vale dizer, de ter a colaboração de todos para poder usufruir de um completo bem-estar físico, mental e social (conforme os parâmetros de vida saudável da OMS); (3) de participar da construção de seu destino e do destino dos demais seres humanos (autonomia e cidadania)³.

Para Oscar Vilhena, a “dignidade é multidimensional e está associada a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, tais como a própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem-estar etc.”⁴.

O fato é que a relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais é objeto de controvérsia. Há quem diga que os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento imediato na dignidade da pessoa humana. Para outros, nem todos os direitos fundamentais encontram seu fundamento direto na dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece:

(...) mesmo que se deva admitir que o princípio da dignidade da pessoa humana como principal elemento fundante e informador dos direitos e garantias fundamentais também da Constituição de 1988 – o que, de resto, condiz com a sua função como princípio fundamental – também é certo que haverá de se reconhecer um espectro amplo e diversificado no que diz com a intensidade desta vinculação, é que embora se possa aceitar, ainda mais em face das peculiaridades da Constituição Brasileira, que nem todos os direitos fundamentais tenham fundamento direto na dignidade da pessoa humana, sendo, além disso, correta a afirmação de que o conteúdo em dignidade dos direitos é variável, tais circunstâncias não retiram da dignidade da pessoa humana, na sua condição de princípio fundamental e estruturante, a função de conferir uma determinada (e possível) unidade de sentido

3 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**, by Ingo Wolfgang SARLET, 15-43. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. SARLET.

4 VILHENA, Oscar Vieira. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 64.

ao sistema constitucional de direitos fundamentais, orientando – tal como bem aponta Jorge Reis Novais – inclusive as possibilidades de abertura e atualização do catálogo constitucional de direitos⁵.

Logo, não se pode utilizar a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) como um critério exclusivo para se reconhecer os direitos fundamentais, embora grande parte dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 corresponda a exigências da dignidade da pessoa humana.

No que diz respeito à relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, acredita-se que a dignidade da pessoa humana se apresenta como um limite aos direitos fundamentais e também assume a condição de limite aos limites. Vale dizer, dependendo de cada caso concreto, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui um instrumento importante e necessário para restringir direitos fundamentais na esfera das relações privadas⁶. Além disso, qualquer intervenção na esfera dos direitos fundamentais também deve respeitar a dignidade da pessoa humana quando esta for o núcleo essencial daqueles.

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais estão sempre posicionados em uma conjuntura de concorrência e colisão, que remete também ao problema da possibilidade, ou não, de se estabelecer limitações à própria dignidade da pessoa humana⁷.

Para uma adequada compreensão do conteúdo, insta mencionar, ainda que brevemente, as dimensões dos direitos fundamentais, quais sejam: em: a) direitos de primeira dimensão – são os direitos civis e políticos, sendo oponíveis ao Estado; b) direitos de segunda dimensão – são os direitos econômicos, sociais e culturais; e c) direitos de terceira dimensão – são os direitos de solidariedade e fraternidade. Convém mencionar que existe uma tendência

5 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015 p. 94.

6 Fora das relações indivíduo-poder, isto é, quando se trata de particulares em condições de relativa igualdade, deverá, em regra, (segundo os defensores desta concepção), prevalecer o princípio da liberdade, aceitando-se uma eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou diante de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal. Não é demais lembrar que, no concernente aos limites da autonomia privada, a incidência direta da dignidade da pessoa humana nas relações entre particulares atua também como fundamento de uma proteção da pessoa contra si mesma, já que a ninguém é facultada a possibilidade de usar de sua liberdade para violar a própria dignidade, de tal sorte que a dignidade da pessoa assume a condição limite material à renúncia e autolimitação de direitos fundamentais (pelo menos no que diz com o respectivo conteúdo em dignidade de cada direito especificamente considerado) (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 390).

7 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 96-97.

em se reconhecer a existência de uma quarta e quinta dimensões de direitos fundamentais, no entanto, por limitações espaciais, não serão discutidas no presente estudo.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, marcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. Por tal motivo, são chamados de direitos *negativos*, de *resistência* ou de *oposição*, eis que impõem uma abstenção, e não uma conduta positiva por parte dos Poderes Públicos⁸. Compõem o rol desses direitos, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à participação política etc.

Por sua vez, já no século XIX, os graves problemas sociais e econômicos decorrentes do impacto da industrialização provocaram extensos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, impondo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. Concedem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais tais como o direito à saúde, educação, assistência social, trabalho etc.

Em seguida, na segunda metade do século XX, surgem os direitos fundamentais de terceira dimensão. São também chamados de direitos de fraternidade ou de solidariedade e apresentam como ponto característico 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, por conseguinte, como direitos de titularidade coletiva ou difusa⁹. Ou seja, dentre os direitos fundamentais de terceira dimensão, cumpre destacar os direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural etc.

Superados os conceitos iniciais, insta retornar aos direitos sociais, objetos de reflexões no presente estudo. Robert Alexy entende que, em sentido amplo, o direito à prestação pode e deve ser entendido como direito subjetivo a ações estatais positivas e adota o conceito de *ideia-guia* que, em síntese, vem a ser aquilo que se considera um direito dotado de fundamentalidade e a decisão sobre garanti-los ou não só pode ser dada ao poder constituinte. Em sentido estrito, os direitos fundamentais sociais são direitos das pessoas individualmente consideradas, em face do Estado¹⁰.

8 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.46-47.

9 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 48-49.

10 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 433-500.

Todavia, não é possível negar que a efetivação de políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais roque por recursos públicos que, na maioria das vezes, são escassos. Por outro lado, não se pode tolerar que o pretexto da escassez de recursos permita a violação do conteúdo resguardado pela noção de mínimo existencial, que pode ser considerado um direito fundamental implícito e exigível¹¹. Sendo assim, o otimismo deve ser cauteloso. Não se pode negar que existem determinadas barreiras que impedem a solução exposta, notadamente no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional que, muitas vezes, esbarram na disponibilidade orçamentária do Estado. Sobre este enfoque, decidiu o STJ, cuja ementa se transcreve:

EMENTA: (...) O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial¹².

Deste modo, se por um lado tem-se o problema da insuficiência de recursos públicos, do outro, tem-se a imperatividade de realização dos direitos fundamentais. Por este motivo, o Tribunal Constitucional Federal Alemão criou a teoria do *mínimo existencial*¹³, segundo a qual, a escassez dos recursos não pode impedir que as pessoas tenham acesso a um mínimo vital para uma vida digna¹⁴.

Nesse contexto, impende fazer uma ressalva, pois garantir o mínimo vital atentando-se tão somente para a vida biológica da pessoa, estar-se-ia comparando o homem a qualquer outro ser vivo. Assegurar o mínimo vital significa proporcionar que as pessoas tenham acesso

11 SILVA, Rogério Luiz Nery da; MASSON, Daiane Garcia. Direitos sociais e dignidade da pessoa humana: reflexões a partir do conceito de mínimo existencial. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 206.

12 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2ª Turma, Recurso Especial nº 1.041.197/MS, Relator Ministro Humberto Martins, julgado em 25/08/2009, publicado em 16 de setembro de 2009.

13 Sobre o mínimo existencial, Luís Roberto Barroso destaca: “(...) mínimo existencial: trata-se do pressuposto necessário ao exercício da autonomia, tanto pública quanto privada. Para poder ser livre, igual e capaz de exercer plenamente a sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. O mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais e seu conteúdo corresponde às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública” (BARROSO, Luís Roberto. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br>>. Acesso em: 20 nov. 2013).

14 A propósito, o ministro Humberto Martins alerta: “(...) O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. Não deixar alguém morrer de fome é, certamente, o primeiro passo, mas não é, nem de longe, o suficiente para fazê-lo viver com dignidade. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na ‘vida’ social” (STJ, 2ª Turma, Recurso Especial nº 1185474/SC, Relator Ministro Humberto Martins, julgado em 24/04/2010, publicado em 29/04/2010, disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 12 nov. 2013).

ao mínimo de saúde, liberdade, educação, moradia, cultura e esporte. Tais direitos são decorrentes da dupla dimensão da vida humana, pois, além de ser um animal social, o homem é também um animal político¹⁵. Por tais motivos, o mínimo existencial não está sujeito à discricionariedade do Poder Público¹⁶, sob pena de flagrante desrespeito à vida humana.

15 Tais distinções são explicadas por Hannah Arendt em sua obra *A Condição Humana*.

16 E M E N T A: (...) A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso

Conforme adverte Fernando de Brito Alves, “a teoria da reserva do possível não foi concebida para isentar o Estado da implementação de direitos sociais essenciais”¹⁷. Vale dizer, apenas em casos excepcionais, a escassez dos recursos pode ser um empecilho suscitado e, desde que, devidamente comprovada pelo Poder Público. Torna-se indispensável buscar um equilíbrio entre a existência de limitações orçamentárias e a efetivação dos direitos fundamentais. A teoria da reserva do possível, que jamais pode ser utilizada como uma escusa genérica, deve ser demonstrada pelo Poder Público.

Do que se pode examinar até aqui, a partir do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana se tem por justificado o reconhecimento ao mínimo existencial, ainda que este não esteja expressamente previsto na Constituição Federal. Trata-se de direito constitucional implícito. Logo, a adoção do modelo de direitos fundamentais sociais, mesmo diante das inegáveis limitações orçamentárias e da compreensível estrutura de raciocínio em torno do que é realisticamente executável pelo Estado, faz-se necessário concentrar os esforços de gestão de políticas públicas na garantia de algumas distintas manifestações da dignidade da pessoa humana – que vêm a ser o mínimo existencial digno – e devem representar fina expressão da ideia-guia alexyana ou valor-guia sarletiano¹⁸.

ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência (STF, 2ª Turma, Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639337/ SP, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 23/08/2011, publicado em 15/09/2011, disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 nov. 2013).

17 ALVES, Fernando de Brito. Constituição e Participação Popular: A Construção Histórico-Discursiva do Conteúdo Jurídico-Político da Democracia como Direito Fundamental. Curitiba: Juruá, 2013, p. 254.

18 SILVA, Rogério Luiz Nery da; MASSON, Daiane Garcia. Direitos sociais e dignidade da pessoa humana: reflexões a partir do conceito de mínimo existencial. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis:

Resta demonstrada, assim, a relação entre direitos sociais e dignidade da pessoa humana. Existe a necessidade de se atender ao mínimo existencial de tal modo que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de um Estado comprometido com seus cidadãos e, portanto, com a dignidade humana, sejam efetivados e não apenas reconhecidos de forma irresponsável. Se, afinal, tais direitos foram constitucionalizados é porque o Estado estava convencido de que poderiam ser exigidos. Portanto, que se cumpra a Constituição!

2.1. O princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais prestacionais

Nas últimas décadas, o princípio da proporcionalidade tem obtido cada vez mais reconhecimento, tanto na prática quanto na teoria da jurisdição constitucional. É composto por três sub-princípios: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade *stricto sensu* (em sentido estrito). Ambos apregoam a ideia de otimização.

Para Robert Alexy, os princípios da adequação e necessidade referem-se às possibilidades fáticas da otimização relativa. A otimização em relação às possibilidades fáticas consiste em evitar sacrifícios evitáveis. Os sacrifícios, no entanto, são inevitáveis quando os princípios colidem entre si. Ponderá-los, portanto, se torna indispensável. A ponderação é o foco do terceiro subprincípio, do princípio da proporcionalidade, isto é, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Este princípio expressa o que significa a otimização em relação às possibilidades jurídicas. O mesmo ocorre com uma regra que possa ser chamada de “lei da ponderação”, a qual determina que “quanto maior o grau de não satisfação ou de restrição de um princípio, maior deverá ser a importância em atender ao outro”¹⁹.

As políticas públicas constituem campo fértil para a aplicação do princípio da proporcionalidade, pois, enquanto ferramentas de atuação (política) que têm por objetivo a concretização dos direitos fundamentais (jurídicos), tem-se aí um espaço aos Poderes Públicos em que a efetivação do Direito ocorre por meio de escolhas políticas que envolvem aspectos como a discricionariedade administrativa, orçamento, relação entre Poderes etc.

Logo, é no campo dos direitos sociais, caracterizado por uma dimensão positiva, que se evidencia ainda mais a escolha dos meios e dos instrumentos mais adequados para a concretização dos objetivos assentados pela Constituição Federal. Se com relação aos direitos chamados de negativos, que correspondem aos direitos de defesa ou de abstenção, tem-se uma

Qualis, 2015, p. 210-211.

19 ALEXY, Robert. A dignidade e a análise da proporcionalidade. In: **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Org. Robert Alexy, Narciso Xavier Baez, Rogério Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 19.

proibição de violar um direito protegido, no que tange aos direitos positivos, exige-se uma ação para proteger e promover os direitos. Sendo assim, abre-se espaço para uma ponderação que é traduzida na esfera administrativa como discricionariedade, haja vista que nem toda e qualquer ação que protege é devida.

Sendo assim, o princípio da proporcionalidade pode contribuir na solução de demandas acerca de direitos prestacionais, pois se as prestações estatais dependem de recursos públicos escassos, a necessidade e a adequação da medida postulada será avaliada a partir dos limites impeditivos trazidos pelo poder público. Soluções compromissórias afiguram-se razoáveis no contexto de um país ainda muito marcado por transformações econômicas e sociais permanentes que retiram do horizonte de longo prazo a estabilidade inerente a qualquer planejamento. Compromissos republicanos, firmados com o objetivo máximo de concretizar o texto constitucional, é que devem pautar tais medidas coletivas levadas ao Judiciário²⁰.

No que tange especificamente ao serviço público de saúde, conforme observa Marcos Augusto Maliska, verifica-se uma considerável precarização. Veja-se:

Em termos de financiamento do sistema a comparação com o *National Health Service – NHS* britânico irá demonstrar que o sistema inglês oferece gratuitamente serviços de saúde aos 63 milhões de residentes com um orçamento anual de 109 milhões de libras esterlinas, o que equivale mais ou menos a 400 bilhões de reais. Sua estrutura administrativa compreende 1,7 milhão de empregados, sendo 39.780 médicos de clínica geral, 370.327 enfermeiras e 105.711 hospitais e serviços de saúde comunitários. O sistema atende mais de um milhão de pacientes a cada 36 horas. O Sistema Único de Saúde – SUS brasileiro, por sua vez, contou com um orçamento para o Ministério da Saúde em 2012 de 73 bilhões de reais para atendimento de uma população de 190 milhões de habitantes por meio de uma estrutura administrativa que compreende 6.500 hospitais registrados, sendo que desse número 48% são privados, 64.000 unidades básicas de saúde e 28.000 unidades de saúde da família. O sistema realiza 2,3 bilhões de procedimentos clínicos todos os anos. Essa rápida comparação demonstra as dificuldades do servidor público de saúde brasileiro, pois além de possuir um orçamento menor, o sistema precisa atender uma população três vezes maior espalhada por um país de dimensões continentais²¹.

Percebe-se, assim, que a maior dificuldade na seara dos direitos prestacionais que envolvem uma dimensão coletiva é que eles estão condicionados ao orçamento, à eleição de fins e de meios. É justamente aqui que o controle jurisdicional de políticas públicas ganha espaço, abrindo margem a uma larga discussão acerca da atuação dos Tribunais neste âmbito, sob o argumento de uma suposta violação do princípio da separação de Poderes, de uma

20 MALISKA, Marcos Augusto. O princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais prestacionais. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 287.

21 MALISKA, Marcos Augusto. O princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais prestacionais. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 277.

invasão do político pelo jurídico.²²

Logo, ainda que a escolha dos fins (prioridades) e dos meios (instrumentos) aconteça dentro da esfera política e esteja condicionada à consecução de um fim maior, que são os direitos fundamentais, deve ser observado o princípio da proporcionalidade como uma espécie de limite²³.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já se valeu desse conceito em alguns de seus julgados, reconhecendo que

Como se sabe, o princípio da proporcionalidade, bem estudado pela doutrina alemã, corresponde a uma moeda de duas fases: de um lado, tem-se a proibição de excesso (*Übermassverbot*) e, de outro, a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*). (...) A medida legal contestada conforma-se perfeitamente à outra faceta do princípio da proporcionalidade acima mencionado, a qual exige que o Estado preste proteção eficaz aos economicamente hipossuficientes, sobretudo no que respeita seus direitos de cidadania. (grifo nosso)²⁴.

Resta evidente, em face do exposto, que o princípio da proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana se constituem em critério/fundamento determinante para a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle jurisdicional de políticas públicas, observada a cautela e os limites que a espécie reclama.

3 LIBERDADE RELIGIOSA VERSUS POLÍTICA PÚBLICA: ESTUDO DE CASO (RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 979.742)

A religião sempre fez parte da vida do homem e, segundo estudiosos da vida primitiva, jamais foi encontrado um povo que não tivesse as suas crenças e práticas religiosas. Logo, o direito à liberdade religiosa se caracteriza como um fenômeno sociológico e a partir daí foi elevado ao patamar de princípio constitucional, ganhando também relevância jurídica.

Sobre o tema, convém mencionar o entendimento de Álvaro Villaça Azevedo:

Crenças religiosas como espécies da liberdade de pensamento ou consciência que formam as convicções mais íntimas de um ser humano fazem com que o medo de vida de cada um seja pautado nestes valores a ponto de definir a própria identidade

22 LEAL, Mônia Clarissa Henning. A dignidade humana e o princípio da proporcionalidade como fundamentos e como parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 148.

23 Sobre o tema, Luís Roberto Barroso assevera que “o conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não ao seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Já não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz)” (BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil**. São Paulo: Renovar, 2007, p. 30).

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 1800-1/DF. Tribunal Pleno, julgado em 11/06/2007. Min. Rel. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 nov. 2013, p. 128-129.

pessoal. Por essa razão, a Constituição não apenas garante o direito de professar uma determinada religião, mas o direito de conduzir a vida de acordo com seus preceitos frente a terceiros e ao Estado, inclusive²⁵.

Para Émile Durkheim, a religião é um “um sistema unificado de crenças e práticas relativas às coisas sagradas, isto é, a coisas colocadas à parte e proibidas – crenças e práticas que unem numa comunidade moral todos os que a adotam”²⁶.

Assim, na tentativa de trazer conceitos, divide-se a liberdade religiosa em três tipos de liberdade distintos, quais sejam: liberdade de crença, liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa. Liberdade de crença diz respeito à liberdade de escolha de uma religião, de aderir a qualquer seita religiosa, de ter o direito de mudar ou mesmo de não ter uma religião, expressando seu ateísmo ou agnosticismo, não existindo, contudo, o direito de embarçar ou impedir a livre manifestação religiosa de outra pessoa. Já a liberdade de culto é a liberdade de orar e de praticar atos próprios das manifestações exteriores em casa ou em público, bem como a liberdade de receber contribuições para isto. Por fim, a liberdade de organização religiosa diz respeito à possibilidade de estabelecimento e organização de igrejas e suas relações com o Estado²⁷.

Logo, sendo a religião um elemento intrínseco à vida do homem, deve ser observada pelo Estado e pela sociedade, não como um retorno à outrora existente e muitas vezes tirana união entre Estado e Igreja, mas sim como garantia de respeito à religiosidade de seu povo²⁸. É importante ressaltar que o Brasil se consagra como um país laico, ou seja, tem-se a divisão entre o Estado brasileiro e a religião, embora exista menções religiosas em seu texto constitucional, como a passagem “sob a proteção de Deus” em seu Preâmbulo, este é desconstituído de força jurídica.

No Brasil, um Estado Democrático de Direito, o direito à religião encontra-se consagrado no artigo 5º da Constituição estabelecendo que:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas

25 AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue**. São Paulo: FAAP, 2010, p. 10.

26 DURKHEIM, Émile. **As formas elementares da vida religiosa**. Tradução de P. Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 4.

27 SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. O direito de religião no Brasil. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1996;2000507348>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

28 OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de; RENOSTO, Jéssica. Antinomia real entre a liberdade religiosa e o direito à vida em nome da crença religiosa. In: **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito – Pouso Alegre, MG, v. 32, n. 2 (jul./dez. 2016), p. 74.

entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei²⁹.

Sendo assim, o Estado deve, sobretudo, buscar meios para a implementação deste preceito substancial, criando condições para o livre exercício da manifestação religiosa. Além disso, é de suma importância para que esse direito fundamental se realize no mundo dos fatos é o não embaraço ao seu exercício. Portanto, além de criar todas as condições para que este direito se materialize, deve o Estado se manter distante de questões religiosas, de modo a não implementar concepções religiosas em sua administração. Sobre esta questão se fazem pertinentes as palavras de Rogério Magnus Varela Gonçalves:

O Estado brasileiro, dentro de seus quadrantes geográficos, tem o dever de salvaguardar o pluralismo religioso. Deve, além disso, criar condições materiais para o livre exercício dos atos religiosos por parte das diversas confissões religiosas, para além de velar pela pureza do princípio da igualdade religiosa. Contudo, esse mesmo Estado, sem que tal mister se constitua em paradoxo ou contradição com o citado preceito, deverá manter-se à margem de assuntos religiosos, sem incorporar, em sua ideologia, a preferência por qualquer religião³⁰.

Neste contexto, o artigo 19, inciso I, da Constituição Federal de 1988, estabelece que “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

Sobre o tema, Iso Chaitz Scherkerkewitz esclarece:

A Constituição Federal consagra como direito fundamental a liberdade de religião, prescrevendo que o Brasil é um país laico. Com essa afirmação queremos dizer que, consoante a vigente Constituição Federal, o Estado deve se preocupar em proporcionar a seus cidadãos um clima de perfeita compreensão religiosa, proscrevendo a intolerância e o fanatismo. Deve existir uma divisão muito acentuada entre o Estado e a Igreja (religiões em geral), não podendo existir nenhuma religião oficial, devendo, porém, o Estado prestar proteção e garantia ao livre exercício de todas as religiões³¹.

Logo, deve ser respeitado e contemplado o pluralismo religioso. Toda crença ou descrença deve ser respeitada, tendo o Estado o ônus de garantir essa liberdade, coibindo a

29 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, DF: Senado 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 jun. 2017.

30 GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **O princípio da liberdade religiosa ao longo da história jurídica brasileira e o seu papel para o desenvolvimento do estado laico**. História do direito, Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/405y75l2/96DfE1PjVJ1eG9Y6.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

31 SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. O direito de religião no Brasil. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. Disponível em: < <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1996;2000507348>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

intolerância.

3.1 LIMITAÇÕES À LIBERDADE RELIGIOSA

No Estado Democrático de Direito brasileiro, nenhum direito é absoluto, ou seja, não existem direitos “intocáveis”, estando todos eles sujeitos a limitações. Com a liberdade religiosa não é diferente, pois encontra restrições na ordem pública indispensável à vida em sociedade e desenvolvimento social do país.

Pois bem. Para tratar sobre tais limitações, no presente estudo, optou-se por um estudo de caso de um vendedor de Manaus que necessitava de uma cirurgia de artroplastia por conta de dores no lado esquerdo do quadril e a dificuldade de caminhar que tinha há mais de 10 anos. A cirurgia somente poderia ser realizada no interior do Estado de São Paulo, razão pela qual o Juizado Especial Federal do Amazonas determinou que os custos, incluindo gastos com transportes, alimentação e acomodação para ele e um acompanhante fossem também arcados pelo Estado do Amazonas. A Justiça Federal no Amazonas atendeu ao pedido com base no artigo 196 da Constituição e por entender que não bastaria garantir a sobrevivência do cidadão, mas uma existência digna também.

No caso apresentado, o vendedor de Manaus, por conta das dores e das limitações físicas não tem uma vida plena. Ao pleitear o custeio de um tratamento que comprovadamente era eficaz, correta, portanto, foi a decisão do Juizado Especial Federal do Amazonas ao determinar o custeio total do procedimento por conta do Estado. Neste caso, a atuação ativa do Poder Judiciário supriu uma omissão do Poder Público (falta de implementação de políticas públicas de saúde perto da localidade onde o paciente reside). Contudo, tal atuação positiva por parte do Judiciário para se fazer realizar o direito fundamental a saúde no mundo dos fatos é alvo de muitas críticas, afirmando os estudiosos que é preciso “garantir a legitimidade da credibilidade outorgada pelas urnas”³².

Ocorre que, além da discussão sobre a judicialização da saúde, o paciente apresentou outro pedido que acrescenta mais um elemento na complexa formulação de políticas públicas. No caso, o procedimento deveria dispensar a transfusão de sangue por causa das convicções religiosas do paciente.

Portanto, voltando à problemática do presente estudo: o exercício da livre convicção religiosa autoriza a alocação de recursos públicos escassos?

Assim como a liberdade religiosa, o direito à saúde é indissociavelmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humanada. É o direito à vida, não somente sob o aspecto

32 VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. São Paulo: RT, 1994, p. 25.

biológico, é o direito de existir, de se realizar como pessoa, ter a capacidade de viver experiências da sociedade de forma plena.

O direito à saúde também “consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem a redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (Art. 2º, §1º da Lei 8.080/90).

Além disso, “é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” como expressa o art. 196 da Constituição Federal.

Por sua vez, o Ministério da Saúde tem a função de oferecer condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde da população, reduzindo as enfermidades, controlando as doenças endêmicas e parasitárias e melhorando a vigilância à saúde, dando, assim, mais qualidade de vida ao brasileiro (...) tem o desafio de garantir o direito do cidadão ao atendimento à saúde e dar condições para que esse direito esteja ao alcance de todos, independente da condição social de cada um³³.

Cabe ao Poder Público garantir a saúde por meio de políticas públicas econômicas e sociais, e, quando se tratar de pacientes com alguma enfermidade rara, que dependam de um método terapêutico diferenciado, como fármacos ou tratamentos caros, deve o Estado atendê-lo, a fim de suprir sua omissão.

Pois bem, cabe agora questionar até onde vai a responsabilidade do Estado em conceder um tratamento não prescrito na rede pública, até onde a atuação positiva do judiciário estará implementando realmente direitos fundamentais.

Uma vida digna pressupõe, entre outros direitos fundamentais, o da saúde. Comprovada no caso concreto a necessidade imperiosa de um tratamento diferenciado, não há como o Estado negar esta prestação, uma vez que o direito à saúde está diretamente ligado ao da vida, o maior bem humano.

Já acerca do pedido de dispensa da transfusão de sangue, tendo que utilizar outro tratamento alternativo, é uma situação que deve ser analisada com mais parcimônia. No caso ora analisado, o paciente pediu para que fosse dispensado esse procedimento por conta de suas convicções religiosas. Todavia, neste caso, não se pode exigir que o hospital tenha recursos alternativos a transfusão de sangue, com, por exemplo, técnicas de resfriamento do

33 PORTAL DA SAÚDE. Disponível em: < <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/estrutura-e-competencias>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

paciente, para reduzir suas necessidades de oxigênio durante a cirurgia, anestesia hipotensiva ou mesmo substâncias alternativas ao sangue como a dextrana.

“A medida será adequada se o fim for realizado na maioria dos casos com sua adoção”³⁴. Não podem as instituições de saúde ficarem vinculadas a vontades individuais, fosse assim, teria para cada procedimento médico uma forma estabelecida de acordo com as crenças de cada paciente. Uma situação como esta desvirtuaria a finalidade do direito fundamental à saúde, que é de possibilitar um mínimo existencial para que a pessoa tenha uma vida plena e digna. O caráter fundamental perde força quando já existe um tratamento médico eficaz, e mesmo assim, o paciente pede outro por convicções e crenças particulares.

O caso chegou ao Supremo Tribunal Federal e, por sugestão do Ministro Luís Roberto aos colegas, no dia 09/06/2017, iniciou-se a análise da repercussão geral. A discussão chegou ao Supremo por meio de recurso da União contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Sul do país) em ação civil pública.

Em sua primeira manifestação o Ministro relator Luís Roberto Barroso explanou que é certo que a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso VI, o livre exercício de consciência e de crença. “E é igualmente certo que essa liberdade acaba restringida se a conformação estatal das políticas públicas de saúde desconsidera essas concepções religiosas e filosóficas compartilhadas por comunidades específicas”. Segundo o Ministro, “a capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade acabam constrangidas pelo acesso meramente formal aos serviços de saúde do Estado que excluem conformações diversas de saúde e bem-estar”.

Contudo, ressalva o Ministro que, apesar de ser certo o livre exercício de convicção religiosa, autorizar a alocação de recursos públicos não abundantes por conta de convicções individuais colocaria esta liberdade em confronto com outros princípios constitucionais. Explicita que:

Não se pode afastar que a demanda judicial por prestação de saúde não incorporada ao sistema público impõe a difícil ponderação do direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e à saúde de outros. Nessa linha, exigir que o sistema de saúde absorva toda e qualquer pretensão individual, como se houvesse na Constituição o direito a um trunfo ilimitado, leva à ruína qualquer tentativa de estruturação de serviços públicos universais e igualitários. Dessa forma, deve-se ponderar não apenas qual bem constitucional deve preponderar no caso concreto, mas também em que medida ou intensidade ele deve preponderar.

Por conta do conflito entre a liberdade religiosa e o dever do Estado de assegurar prestações de saúde universais e igualitárias iniciou-se a análise da repercussão geral, sob os

34 BREYNER, Frederico Menezes. **Tutela jurisdicional dos direitos prestacionais: mecanismos processuais e eficiência administrativa.** Disponível em: < <http://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2011/03/Artigo-Direitos-Prestacionais-Site.pdf>>. Acesso em: 27 junho 2017.

pontos de vista econômico, político, social e jurídico. Até a presente data 9 Ministros se manifestaram no sentido de que há questão constitucional e repercussão geral, faltando ainda os votos do Ministro Luiz Fux e da Ministra Rosa Weber.

Ao final, soluções compromissórias afiguram-se razoáveis no contexto de um país marcado por transformações econômicas e sociais permanentes que retiram do horizonte de longo prazo a estabilidade inerente a qualquer planejamento. O objetivo máximo de concretizar o texto constitucional é que deve pautar tais medidas levadas ao Judiciário³⁵.

Espera-se, sobretudo, que os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade possam contribuir na solução de demandas acerca de direitos prestacionais, norteando as teses jurídicas a serem empregadas, buscando a proporcional aplicação dos preceitos fundamentais conflitantes. Se as prestações estatais dependem de recursos públicos escassos, logo não deve pesar nestes casos somente a vontade individual, mas também os direitos da coletividade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao Poder Judiciário cabe, quando invocado, suprir a omissão Estatal na prestação de políticas públicas de saúde, não podendo o Estado se escusar desse fornecimento essencial de saúde por conta do princípio da reserva do possível. Tal princípio não deve ser aplicado de forma absoluta, uma vez que o Poder Público tem a obrigação de assegurar uma vida plena, não sendo apenas responsável pelo mínimo existencial biológico e sanitário, tendo também a responsabilidade de proporcionar uma vida digna, de acordo com suas convicções e padrões de vida pessoais.

O direito à liberdade religiosa se fixa como um dos preceitos fundamentais de suma importância em um Estado Democrático de Direito, uma vez que se relaciona intimamente com a psique humana, funcionando como uma forma de autoafirmação do indivíduo na sociedade.

No caso apresentado neste trabalho, tem-se a liberdade religiosa em contraponto com as políticas públicas. Mesmo com a comprovada importância do direito à livre expressão religiosa, não se pode tomar esse direito fundamental como absoluto, que possa ser aplicado em detrimento dos direitos da coletividade.

Para a solução desse conflito entre liberdades individuais e políticas públicas, usar-se dos princípios norteadores da dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade se mostra

35 MALISKA, Marcos Augusto. O princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais prestacionais. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 287.

um interessante meio de solução desse conflito de preceitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana, além de ser um garantidor de todas as necessidades fundamentais do ser humano, é também um limitador quando se tem um direito fundamental indo de encontro ao outro. Já o princípio da proporcionalidade preconiza a ponderação, devendo se ter o balanceamento entre os recursos disponíveis e os limites impeditivos que são trazidos pelo Poder Público.

Sendo assim, os recursos estatais não podem ficar subordinados a toda e qualquer vontade individual, uma vez que estes recursos são escassos, e tendo de atender toda vontade pessoal, sua ruína seria iminente. Contudo, convém novamente destacar a imperiosa necessidade da utilização da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana na análise do caso concreto. Em razão das próprias características do direito, é plenamente possível a mutação deste cenário de escassez, e assim, quando possível uma prestação alternativa, de vontade individual, que não prejudique a coletividade não há motivo para se negar essa tutela.

Posto isto, se conclui que não é absoluta a premissa que devem prevalecer as liberdades religiosas em detrimento das políticas públicas, e de igual forma, também não é absoluta a premissa que prevalecem sempre as políticas públicas em sobreposição as vontades individuais, pois cada caso concreto deve ser analisado de acordo com suas peculiaridades.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008

_____. A dignidade e a análise da proporcionalidade. In: **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Org. Robert Alexy, Narciso Xavier Baez, Rogério Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015.

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e Participação Popular: A Construção Histórico-Discursiva do Conteúdo Jurídico-Político da Democracia como Direito Fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue**. São Paulo: FAAP, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil**. São Paulo: Renovar, 2007.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, DF: Senado 1988. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 jun. 2017.

BREYNER, Frederico Menezes. **Tutela jurisdicional dos direitos prestacionais: mecanismos processuais e eficiência administrativa**. Disponível em: <<http://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2011/03/Artigo-Direitos-Prestacionais-Site.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

DURKHEIM, Émile. **As formas elementares da vida religiosa**. Tradução de P. Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **O princípio da liberdade religiosa ao longo da história jurídica brasileira e o seu papel para o desenvolvimento do estado laico**. História do direito, Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/405y75l2/96DfE1PjVJ1eG9Y6.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. A dignidade humana e o princípio da proporcionalidade como fundamentos e como parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015.

MALISKA, Marcos Augusto. O princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais prestacionais. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de; RENOSTO, Jéssica. Antinomia real entre a liberdade religiosa e o direito à vida em nome da crença religiosa. In: **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito – Pouso Alegre, MG, v. 32, n. 2 (jul./dez. 2016).

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015.

SILVA, Rogério Luiz Nery da; MASSON, Daiane Garcia. Direitos sociais e dignidade da pessoa humana: reflexões a partir do conceito de mínimo existencial. In: **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Org.: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015.

VILHENA, Oscar Vieira. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. O direito de religião no Brasil. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. Disponível em:

<<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1996;2000507348>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

PORTAL DA SAÚDE. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/estrutura-e-competencias>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. São Paulo: RT, 1994.

IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A BOA ADMINISTRAÇÃO À LUZ DO GERENCIALISMO

Beatriz Lopes Thomazini NEVES
Igor Canale Peres MONTANHER

RESUMO

Este artigo tem por finalidade fazer uma análise do modelo atual de administração, o Gerencialismo, e sua relação com as políticas públicas e com a boa administração. Sempre está em pauta a discussão sobre como fazer com que a função administrativa desempenhe seu trabalho de forma satisfatória e eficiente, principalmente quando da elaboração e implementação de políticas públicas. Nesse trabalho, o foco é dado, principalmente, no povo sendo analisado como verdadeiro consumidor da atividade administrativa, visto que é contribuinte de tributos e, dessa forma, tem o direito e a garantia de ver a referida contribuição ser aplicada da melhor forma possível. Entende-se que a boa administração está intimamente ligada ao princípio da eficácia, incluída no art. 37, *caput* da Carta Magna pela Emenda Constitucional 19/1998. No trabalho, ainda, é feita uma exposição do significado real e dos principais caracteres da eficiência no exercício da atividade administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: Gerencialismo. Políticas Públicas. Boa Administração.

ABSTRACT

This article aims at analyzing the current management model: New Public Management, and its relationship with public policies and good administration. There is always a debate about how to make the administrative function perform its work satisfactorily and efficiently, especially when developing and implementing public policies. In this work, the focus is mainly on the people being analyzed as a true consumer of the administrative activity, since it is a tributary taxpayer and, in this way, has the right and the guarantee to see that said contribution is applied in the best possible way. It is understood that good administration is closely linked to the principle of effectiveness, included in art. 37, *caput* of the Magna Carta by Constitutional Amendment 19/1998. In the work, an exposition of the real meaning and the main characters of the efficiency in the exercise of the administrative activity is made.

KEY-WORDS: New Public Management. Public policy. Good Administration.

1 INTRODUÇÃO

Na ordem do dia, encontramos cotidianamente discussões sobre a Administração Pública brasileira, sobre a forma de ser feita, o modelo adotado e, principalmente, sobre a legitimidade e eficiência das políticas públicas implementadas pelo Poder Público.

Objetiva-se, com esse trabalho, fazer uma análise da situação atual do modelo de Administração Pública adotado, bem como a forma de implementação de políticas públicas e sua influência na boa administração.

Inicialmente, será feita uma breve evolução da função administrativa de acordo com o modelo de administração, em que se exporá as principais características de três modelos:

Patrimonialismo, Burocracia e Gerencialismo.

Posteriormente, busca-se fazer uma análise do conceito de políticas públicas, objeto de densas discussões entre doutrinadores da área. Devidamente analisado o conceito, pretende-se expor os tipos de políticas públicas: regulatórias, distributivas, redistributivas e constitutivas. Por fim, analisa-se o ciclo de políticas públicas, ou seja, o processo de criação, instituição e implementação de tais ações.

Então, finalizando o trabalho, discute-se a natureza jurídica da boa administração: princípio, direito ou garantia. Após tal definição, deve ser feita uma análise semântica do direito à boa administração, analisando, principalmente, seu conceito e caracteres. Por fim, faz-se um paralelo entre o direito à boa administração e a implementação de políticas públicas, sempre relacionando com o Gerencialismo.

Observa-se, com isso, que se tratará de uma pesquisa exploratória, pois tem por objetivo desenvolver e esclarecer alguns conceitos, como de política pública e boa administração, e descritiva, tendo em vista que o problema desse trabalho foi originado da análise da realidade administrativa brasileira.

Essa pesquisa, ainda, se utilizará do método dialético, com a análise do posicionamento de alguns doutrinadores da área e, com a integração deles, construir a ideia que concluirá o trabalho.

2 A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DE ACORDO COM O MODELO DE ADMINISTRAÇÃO

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), elaborado em 1995, pelo MARE (Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado), expõe a existência de três modelos de administração:

Desta forma, partindo-se de uma perspectiva histórica verificamos que a administração pública - cujos princípios e características não devem ser confundidos com os da administração das empresas privadas - evoluiu através de três modelos básicos: a administração pública **patrimonialista**, a **burocrática** e a **gerencial**. Estas três formas se sucedem no tempo, sem que, no entanto, qualquer uma delas seja inteiramente abandonada. (1995, p. 14-15 – grifado).

Desta forma, são modelos de administração majoritariamente reconhecidos: modelo patrimonialista, modelo burocrático e modelo gerencial, que passaremos a analisar individualmente.

2.1 Modelo patrimonialista

O modelo de administração patrimonialista está embrionariamente ligado com o

Absolutismo. Dessa forma, pode-se dizer que foi o principal modelo adotado até meados de século XVIII, marcadamente na Europa Medieval.

No Brasil, entretanto, há discussão se houve esse modelo em vigência. O entendimento majoritário está no sentido de que tal modelo não foi adotado em momento algum no Direito Administrativo brasileiro. Porém, há uma corrente minoritária que menciona que, embora o patrimonialismo puro de fato não tenha sido aplicado no Brasil, houve traços nos anos de 1880, durante a República Velha, mais especificamente no governo de Marechal Deodoro, durante a política do café com leite.

Nesse modelo de administração, a função da estrutura administrativa é apenas satisfazer os interesses do soberano, não possuindo qualquer compromisso com o Estado ou com o povo. Inclusive, por conta disso, é impossível falar em qualidade ou satisfação da gestão pública.

Interessante característica está relacionada à coisa pública. No Patrimonialismo, havia evidente confusão entre aquilo que é público e o que é privado do soberano, sendo que a coisa pública e o interesse público pertenciam ao soberano. Dessa forma, o poder não pertencia à lei ou ao Estado, mas tão somente ao soberano.

Nesse sentido:

No patrimonialismo, o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano, e os seus auxiliares, servidores, possuem status de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas. A *res publica* não é diferenciada das *res principis*. Em consequência, a corrupção e o nepotismo são inerentes a esse tipo de administração (PDRAE, 1995, p. 15).

Dentre as práticas do Patrimonialismo, podemos apontar cinco principais: nepotismo, gerontocracia, clientelismo e fisiologismo.

O nepotismo é a prática de nomeação de parentes e familiares do soberano a cargos e funções públicas, não sendo acessíveis a mais ninguém. Atualmente, essa prática é vedada pela Súmula Vinculante 13, que alcança o parentesco até terceiro grau.

A gerontocracia é a perpetuação do soberano no poder. Já que esse pertence apenas ao reinante, não há prazo máximo para sua permanência. Analisando o cenário atual, há essa limitação através da estipulação de mandatos políticos.

O clientelismo é a prática de compras e contratações do Estado sempre em relação aos mesmos fornecedores, geralmente amigos ou familiares do soberano detentor do poder. Nessa prática, o preço e a qualidade dos produtos se tornam irrelevantes.

Por fim, o fisiologismo é o desvio do exercício da função pública ou desvio do poder. É o exercício da atividade administrativa para a obtenção, única e exclusivamente, de

benefícios pessoais.

Esse modelo passou a ser ultrapassado a partir do momento do fortalecimento do capitalismo e da democracia. Com isso, o comércio e a sociedade civil passam a se separar do Estado e o Patrimonialismo, então, se torna insustentável.

Há o surgimento, portanto, do modelo burocrático de administração.

2.2 Modelo burocrático

O modelo burocrático surgiu em 1789, juntamente com o Iluminismo, em detrimento do Absolutismo e perdurou até o século XX. No Brasil, por sua vez, tal modelo surgiu no primeiro governo do presidente Getúlio Vargas, consideravelmente no ano de 1936, a partir de vários decretos emitidos para a reforma administrativa. Nesse sentido:

A reforma burocrática brasileira, que tivera como precursor o embaixador Maurício Nabuco, ao reformar o Ministério das Relações Exteriores ainda no final dos anos 20, inicia-se de fato em 1936, sob a liderança de Getúlio Vargas e de seu delegado para essa matéria, Luiz Simões Lopes. [...] Nesse ano é criado o Conselho Federal do Serviço Público Civil, que se consolida através de sua transformação, dois anos depois, no DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público), que passou a ser seu órgão executor e, também, formulador da nova forma de pensar e organizar a administração pública” (BRESSER-PEREIRA, 2001, p. 10 e 11)

Nesse modelo, a função da estrutura administrativa é atender ao Estado, e não ao povo ou ao soberano. Observa-se que, mesmo com o afastamento da figura do soberano como único possuidor do poder, ainda não havia compromisso com o povo, algo já sedimentado nos dias atuais.

Como consequência da função administrativa, a coisa pública, o interesse público e o poder público passam a pertencer ao Estado, não mais ao soberano. O combate ao Patrimonialismo, nesse sentido, se deu, principalmente, pela criação do Princípio da Estrita Legalidade Pública (atualmente positivado no art. 37, *caput* CF), que menciona que o poder é exercido na forma da lei e a função administrativa depende sempre de prévia lei autorizativa para que seja efetivada.

O modelo burocrático é preso a modelos, formulários e processos, ou seja, a aspectos formais, estabelecendo uma clara hierarquia funcional entre os agentes públicos. Assim, o bom administrador, no modelo burocrático, é aquele que bem preenche os formulários, independentemente da eficiência ou da satisfação popular.

O PDRAE justifica tal característica: “parte-se de uma desconfiança prévia nos administradores públicos e nos cidadãos que a eles dirigem demandas. Por isso são sempre necessários controles rígidos dos processos, como por exemplo na admissão de pessoal, nas compras e no atendimento a demandas” (1995, p. 15).

Como consequência disso:

[...] o controle - a garantia do poder do Estado - transforma-se na própria razão de ser do funcionário. Em consequência, o Estado volta-se para si mesmo, perdendo a noção de sua missão básica, que é servir à sociedade. A qualidade fundamental da administração pública burocrática é a efetividade no controle dos abusos; seu defeito, a ineficiência, a auto referência, a incapacidade de voltar-se para o serviço aos cidadãos vistos como clientes. (PDRAE, 1995, p. 15).

Em outras palavras, a Administração Pública tornou-se imóvel, ou seja, deixou de lado seu principal objetivo, que é a manutenção de uma sociedade equilibrada e satisfeita, para apenas cumprir as formalidades e os processos exigidos em lei.

Ressalte-se que, conforme acima mencionado, o modelo burocrático, quando de seu surgimento, foi satisfatório, tendo em vista seu objetivo inicial. Porém, mais uma vez, com o tempo, o modelo puramente burocrático passou a ser insuficiente.

Ainda assim, analisando a ordem jurídica atual, concluímos facilmente que o modelo burocrático ainda está presente; entretanto, não de forma isolada. Como exemplo, podemos citar o art. 37, §1º da Constituição Federal de 1988:

Art. 37. [...]

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Evidentemente a burocracia é uma forma de controle do poder estatal, tirando do Estado a discricionariedade ilimitada no exercício da atividade administrativa, no sentido de impor regras de aspectos formais.

2.3 Modelo gerencial, gerencialista ou nova gestão (*new public management*)

Seu surgimento foi creditado no ano de 1978, com Margaret Thatcher, a Dama de Ferro da Inglaterra, em uma época de crise, principalmente provocada pelo avanço da função social do Estado, bem como pelo desenvolvimento pleno da globalização.

No Brasil, por sua vez, surgiu em 1995, através do já várias vezes citado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), elaborado pelo MARE (Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado), com o objetivo de concluir o Programa Nacional de Desburocratização.

Os trabalhos concluídos pelo MARE levaram à edição da Emenda Constitucional 19, de 1988, que introduziu, oficialmente, o Gerencialismo e trouxe, ao art. 37, *caput* da Carta Magna de 1988, o princípio da eficiência na Administração Pública.

A função da estrutura administrativa é satisfazer o povo, dando ênfase na eficiência

pública. Dessa forma, conclui-se que a coisa pública e o interesse público passa a ser do povo, se afastando do soberano e do Estado; esse, por sua vez, passa a ser um mero gestor para o povo, a partir de um fenômeno chamado de *Public Service Orientation* (PSO).

Da mesma maneira, o poder não mais está na mão de um reinante ou de uma instituição, e sim do povo, conforme expressamente estipulado no art. 1º, §1º da Constituição Federal de 1988.

Característica interessante do modelo em estudo está na convergência promovida entre a administração privada mais eficiente para dentro da Administração Pública. Como exemplo de tal fenômeno, podemos citar as parcerias público-privadas (PPP's), as organizações sociais (OS's), os contratos de gestão pública em geral, os convênios públicos, dentre outras práticas atualmente consagradas no ordenamento jurídico.

Nesse sentido:

A administração pública gerencial inspira-se na administração de empresas, mas não pode ser confundida com esta última. Enquanto a receita das empresas depende dos pagamentos que os clientes fazem livremente na compra de seus produtos e serviços, a receita do Estado deriva de impostos, ou seja, de contribuições obrigatórias, sem contrapartida direta. Enquanto o mercado controla a administração das empresas, a sociedade - por meio de políticos eleitos - controla a administração pública. Enquanto a administração de empresas está voltada para o lucro privado, para a maximização dos interesses dos acionistas, esperando-se que, através do mercado, o interesse coletivo seja atendido, a administração pública gerencial está explícita e diretamente voltada para o interesse público. (PDRAE, 1995, p. 16-17).

Dessa forma, o povo, por pagar tributos, deve ser visto como um perfeito consumidor, ou seja, deve ter o serviço prestado com qualidade e eficiência. Nesse sentido, o PDRAE novamente é pontual:

A administração pública gerencial vê o cidadão como contribuinte de impostos e como cliente dos seus serviços. Os resultados da ação do Estado são considerados bons não porque os processos administrativos estão sob controle e são seguros, como quer a administração pública burocrática, mas porque as necessidades do cidadão-cliente estão sendo atendidas (1995, p. 17).

Inclusive, tais entidades são colocadas como terceiro setor ou entidades paraestatais.

Nesse sentido, Di Pietro ensina:

Os teóricos da Reforma do Estado incluem essas entidades no que denominam de **terceiro setor**, assim entendido aquele que é composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos; esse terceiro setor coexiste com **primeiro setor**, que é o Estado, e o **segundo setor**, que é o mercado. Na realidade, ele caracteriza-se por prestar atividade de interesse público, por iniciativa privada, sem fins lucrativos; precisamente pelo interesse público da atividade, recebe em muitos casos ajuda por parte do Estado, dentro da atividade de fomento; para receber essa ajuda, tem que atender a determinados requisitos impostos por lei que variam de um caso para outro; uma vez preenchidos os requisitos, a entidade recebe um título, como o de **utilidade pública**, o certificado de **fins filantrópicos**, a qualificação de **organização social**. [...] Normalmente, celebram convênio com o poder público, para formalizar a parceria (2003, p. 413-414).

Conforme já dito, o Gerencialismo surgiu para aprimorar e perfeição o modelo burocrático, e não para combatê-lo. Nesse sentido: “o modelo gerencial apoia-se em aspectos positivos daquele burocrático, descartando, entretanto, os pontos falhos responsáveis pelos entraves a uma administração de qualidade, eficiente e célere que um novo Estado democrático e globalizado demanda” (REK, 2017).

Assim, dentre os principais marcos do *new public management* está a estipulação de um objetivo único: atender ao interesse público. Para isso, deve ser observada a eficiência, através de processos mais simplificados e acessíveis para o povo, real detentor do poder e das coisas públicas.

Com isso, o autor Bresser-Pereira, também coordenador do PDRAE, menciona as principais características do Gerencialismo:

[...] (1) descentralização do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais; (2) descentralização administrativa, através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos; (3) organizações com poucos níveis hierárquicos ao invés de piramidal, (4) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total; (5) controle por resultados, a posteriori, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e (6) administração voltada para o atendimento do cidadão, ao invés de auto referida. (1996, p. 6).

Nota-se, com a enumeração das características acima, que o modelo gerencialista é o que hoje rege a Administração Pública de uma forma geral.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1 Conceito

Árdua tarefa é a de conceituar políticas públicas, visto que não se pode limitar a uma visão estritamente jurídica, mas deve-se realizar um diálogo com outros campos. Também, o conceito deve analisar alguns aspectos notáveis, tais como a natureza da política, os destinatários, os objetivos legítimos, entre outros.

Dentre os vários conceitos de política pública, interessante é a síntese apresentada:

Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas. Lynn (1980) a define como um conjunto específico de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”.³ A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam em responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por que e que diferença faz. (SOUZA, 2017).

Os conceitos acima apresentados, importante para o início de um estudo, são,

contudo, restritos, apenas mencionando a figura do Estado. Entretanto, há os denominados “atores” da política pública, que são aqueles grupos que integram a política, apresentando exigências e executando ações, a serem transformadas em políticas públicas.

Há dois grandes grupos de atores: os estatais, que são originários do Governo ou do Estado; e os privados, que são os particulares.

Os atores estatais são os agentes públicos de uma forma geral, tanto os que titularizam um mandato eletivo, quanto os que mantêm vínculo empregatício com o Estado, ou seja, os servidores públicos.

Sobre a atuação desses atores:

Os políticos são eleitos com base em suas propostas de políticas apresentadas para a população durante o período eleitoral e buscam tentar realizá-las. As Políticas Públicas são definidas no Poder Legislativo, o que insere os Parlamentares (vereadores e deputados) nesse processo.

Entretanto, as propostas das Políticas Públicas partem do Poder Executivo, e é esse Poder que efetivamente as coloca em prática. Cabe aos servidores públicos (a burocracia) oferecer as informações necessárias ao processo de tomada de decisão dos políticos, bem como operacionalizar as Políticas Públicas definidas. Em princípio, a burocracia é politicamente neutra, mas frequentemente age de acordo com interesses pessoais, ajudando ou dificultando as ações governamentais. (CALDAS, 2008, p. 8-9).

Os servidores públicos, portanto, exercem função primordial na efetivação de políticas públicas.

Em relação aos atores privados, a principal característica é a ausência de vínculo com o Estado, ou seja, são particulares que atuam na execução de políticas públicas.

Fazem parte desse grupo:

- A imprensa;
- Os centros de pesquisa;
- Os grupos de pressão, os grupos de interesse e os lobbies;
- As Associações da Sociedade Civil Organizada (SCO);
- As entidades de representação empresarial;
- Os sindicatos patronais;
- Os sindicatos de trabalhadores;
- Outras entidades representativas da Sociedade Civil Organizada (SCO).

Conforme visto no tópico anterior deste trabalho, a maioria dos atores privados são oriundos do modelo gerencialista de Administração, em que se analisou as melhores e mais eficientes práticas da administração privada e as trouxe para a Administração Pública, surgindo as referidas entidades.

3.2 Tipos de políticas públicas

As tipologias de políticas públicas são formas em que os doutrinadores dividem as políticas públicas a partir da atuação dos atores, das metas a serem alcançadas, dos estilos e

das instituições envolvidas.

Uma tipologia é um esquema de interpretação e análise de um fenômeno baseado em variáveis e categorias analíticas. Uma variável é um aspecto discernível de um objeto de estudo que varia em qualidade ou quantidade. Uma categoria analítica é um subconjunto de um sistema classificatório usado para identificar as variações em quantidade ou qualidade de uma variável (SECCHI, 2012, p. 16).

A classificação mais conhecida e aceita é a idealizada por Theodor Lowi (*apud* SOUZA, 2006, p. 28), que menciona que as políticas públicas podem ser regulatórias, distributivas, redistributivas e constitutivas.

As políticas regulatórias são aquelas em que são estabelecidas regras de comportamento e de atuação dos atores estatais e/ou privados. Essas regras podem ser de caráter específico, individualizado, ou mais amplo, abrangendo várias situações (por exemplo, o Código de Trânsito Brasileiro, o Código Florestal etc.). Envolvem, principalmente, os chamados “*policymakers*”, ou seja, os atores que idealizam as políticas públicas.

Já as políticas distributivas são aquelas em que são distribuídos bens e serviços a uma parcela específica da sociedade, através de recurso de toda a população. Essa parcela específica da sociedade pode estar inserida em uma certa localidade, grupo social, categorias de pessoas etc. É o caso da construção de uma escola ou hospital, da instituição do seguro-desemprego, concessão de subsídios fiscais a certos empreendimentos econômicos, instituição de programas de renda mínima, gratuidade de taxas para certos usuários de serviços públicos, entre outros. Embora não seja uma característica determinante, esse tipo de política pública pode ocasionar o clientelismo ou assistencialismo.

As políticas redistributivas, por sua vez, ao contrário das distributivas, são aquelas em que se atinge o maior número de pessoas possível, através de recursos advindos de grupos específicos, sendo conhecidas como “políticas públicas universais”. Como exemplo, cita-se a política tributária, o sistema previdenciário, a reforma agrária, distribuição de *royalties* do petróleo etc.

Por fim, as políticas constitutivas são aquelas que criam normas e processos através das quais devem ser pautadas a criação e instituição de outras políticas. Como exemplo, podemos citar as diversas normas constitucionais, regimentos das Casas Legislativas e do Congresso Nacional, entre outras. “São chamadas *meta-policies*, porque se encontram acima dos outros três tipos de políticas e comumente moldam a dinâmica política nessas outras arenas” (SECCHI, 2012, p. 18).

3.3 Ciclo de políticas públicas

É o procedimento adotado para a instituição de políticas públicas, e consiste em cinco fases: definição da agenda, formulação das políticas, tomada de decisão, implementação e avaliação.

3.3.1 Definição da agenda

Momento em que o Poder Público analisa quais questões devem ser levadas em conta e quais as prioridades para a elaboração de políticas públicas.

Uma agenda é uma lista de questões (ou problemas) aos quais agentes governamentais e outros membros na comunidade estão atentando em certo momento. A definição de agenda implica determinado governo reconhecer que um problema é uma questão “pública” digna de sua atenção. Ela foca nos processos iniciais de identificação de problemas, na iniciação de políticas e no modo como esses processos afetam as atividades de criação de políticas públicas posteriores de responsabilidade dos governos (BRANCALEON *et al*, 2017).

Assim, percebe-se que uma boa política pública tem, por trás dela, uma definição de agenda bem feita, analisando a sociedade e seus problemas e necessidades. Se a definição de agenda não for realizada, ou então não espelhar a realidade da sociedade em análise, as políticas públicas não serão legítimas, tampouco atingirão seus objetivos principais.

A política pública, portanto, se inicia quando prevista na agenda. A partir do momento em que, analisando a sociedade, a política pública é definida, dá-se por iniciada. Entretanto, é só o começo, devendo-se desenvolver várias atividades para a sua concretização.

Dessa forma, passa-se à segunda fase: formulação de políticas públicas.

3.3.2 Formulação de políticas públicas

A partir do momento em que se identifica os principais problemas e as notadas deficiências da sociedade em análise (definição da agenda), é chegado o momento de definir qual política pública será adotada e adequada para o caso.

Então, deve o gestor público analisar se pretende adotar alternativas instrumentais, que são políticas públicas infimamente diferentes do *status quo* analisado; ou alternativas fundamentais, que causam uma alteração significativa no *status quo* presente na sociedade.

Nesse sentido:

A experiência mostra que há uma forte tendência à escolha de alternativas incrementais na formulação de políticas. Isso acontece por várias razões. Primeiro, porque as alternativas fundamentais requerem várias mudanças nas políticas existentes, exigindo informações sobre o impacto de tais mudanças, e isto é mais difícil de obter. Como resultado, essas alternativas têm mais chances de serem deixadas de lado, pela alegação de que “não são comprovadas” ou de que não se têm evidências de sua eficácia.

Segundo, as alternativas fundamentais envolvem um risco relativamente elevado para os formuladores de políticas por causa de maiores incertezas de modo geral.

Logo, implicam maior grau de risco do que aos orçamentos, a sociedade, reputações políticas e administrativas se algo ocorrer de forma errada. Terceiro, alternativas incrementais consomem menos recursos, porque acordos financeiros, de pessoal e organizacionais por vezes já estão instituídos e só precisam ser “ajustados” para implementar as alterações propostas. E por último, as características de organizações grandes e complexas – a fragmentação, a inércia, a burocracia e metas conflitantes – tendem a ser fortemente inclinadas para a preservação da situação dada. (BRANCALEON *et al*, 2017).

Ainda nessa fase, deve-se analisar se a política pública deve se concentrar em instrumentos privados ou instrumentos públicos. A partir dessa opção que deverá ser feita a delegação de serviços públicos, se for o caso, instituição de parceria público-privada, convênios públicos ou privados etc.

Formulada a política pública, deve haver a tomada de decisão.

3.3.3 Tomada de decisão

É frequentemente estudada pela divisão em três modelos: de decisão racional, de decisão incremental e de decisão da “lata de lixo” (*garbage can*).

O modelo de decisão racional parte do pressuposto de que, quando da implementação da política pública, todas as consequências possíveis já estão previstas e idealizadas com antecedência. Dessa forma, deve ser tomada a decisão que traga as melhores consequências para a sociedade, sempre atento à solução do problema levantado na primeira fase, a definição da agenda. É um modelo pouco utilizado, pois necessita de vultosos estudos sobre os impactos da política a ser implantada.

Já o modelo de decisão incremental, é assim definido:

Analisa a tomada de decisão pública como um processo com restrição de tempo e informação, caracterizado por conflitos, negociações e compromisso entre os tomadores de decisão com interesses próprios. Em vez de adotar alternativas de “maximização”, nesse modelo, espera-se que as decisões tomadas por negociação sejam o resultado de “sucessivas comparações limitadas” que os tomadores de decisão fazem das novas propostas versus os resultados de decisões anteriores, resultando normalmente apenas em mudanças “incrementais” do status quo. (BRANCALEON, 2017).

Por fim, o modelo de decisão da “lata de lixo” (*garbage can*) é aquele em que há vários tomadores de decisão e forte incerteza sobre as causas do problema e suas respectivas soluções. Em outras palavras, há muitos problemas para poucas soluções; assim, os *policymakers* estariam em uma posição delicada, devendo eleger, antes de tudo, prioridades. Entretanto, com a eleição de algumas prioridades, outros problemas ficam de lado.

Nesse sentido:

Segundo essa visão, as organizações são formas anárquicas que compõem um conjunto de ideias com pouca consistência. As organizações constroem as preferências para a solução dos problemas - ação - e não as preferências constroem a

ação. A compreensão do problema e das soluções é limitada e as organizações operam em um sistema de tentativa e erro. Em síntese, o modelo advoga que soluções procuram por problemas. As escolhas compõem um *garbage can* no qual vários tipos de problemas e soluções são colocados pelos participantes na medida que eles aparecem (SOUZA, 2017).

Finalizada a tomada de decisão, passa-se à implementação de política pública.

3.3.4 Implementação de política pública

Indubitavelmente, é a fase mais importante no ciclo de política pública. Além disso, é a fase que inspira mais cuidado e atenção do *policymaker*, visto que é um processo dinâmico, e não formal, pautado por ações.

Para a implementação de políticas públicas, é comum que se façam análises da sociedade. Inclusive, dessas análises, depreendem-se várias vantagens e, principalmente, possibilita a correção da política, se assim for o caso.

Nesse sentido, menciona Celina Souza (2017):

Diante do exposto, análises voltadas para a implementação de políticas públicas devem focalizar a) o grau de conhecimento e capacidade das organizações e dos implementadores sobre a política que está sendo implementada; b) os diversos processos que compõem a implementação, inclusive seus pontos de conflito; c) o papel dos atores e dos agentes na implementação; e d) o grau de discricionariedade da burocracia quando implementa a política pública. Ao elaborar um projeto que incorpore os problemas de implementação, pode-se compreender melhor:

- A complexidade de se alcançar os objetivos almejados pela política pública.
- As possibilidades de "fracasso" da política originalmente desenhada.
- A natureza dinâmica da transformação da política em ação.
- O papel e a importância dos detalhes técnicos e da base de informações.
- O papel dos servidores de linha e sua potencialidade para mudar os rumos da política.
- A identificação de ambigüidades ou contradições no desenho original da política.
- As questões práticas do dia-a-dia que influenciam o resultado das políticas e como esses resultados são influenciados pelo trabalho cotidiano da burocracia que a implementa.

Análises realizadas ainda no processo de implementação podem, então, corrigir rumos e propor reformulações nos objetivos da política e/ou o seu redesenho, reduzindo, assim, inúmeros custos, inclusive os envolvidos na avaliação.

Após a implementação, só mais uma fase resta: a avaliação

3.3.5 Avaliação das políticas públicas

Cabe ao *policymaker* eleger a melhor forma de avaliação da política pública implementada. Por possuir vários métodos e formas, o presente trabalho limitar-se-á a citar apenas as avaliações citadas por Brancaleon (2017):

- a) Avaliações de esforços: são tentativas de medir a quantidade de insumos do programa envolvido na política (pessoal, comunicação, transporte etc.) devem ser calculados em termos dos custos monetários. Seu propósito é estabelecer uma linha de base de dados que pode ser usada para outras avaliações de eficiência ou

qualidade de entrega do serviço.

b) Avaliações de desempenho: examinam os produtos do programa, em vez de insumos, o número de leitos hospitalares ou vagas em escolas, por exemplo. Seu principal objetivo é simplesmente determinar o que a política pública está produzindo, muitas vezes independentemente dos objetivos definidos. Esse tipo de avaliação produz benchmark (ponto de referência) ou dados de desempenho, que são utilizados como insumos para as avaliações mais abrangentes e profundas.

c) Avaliações de processo: examinam os métodos organizacionais, incluindo as regras e procedimentos operacionais, utilizados para executar programas. Seu objetivo normalmente é ver se um processo pode ser simplificado e tornado mais eficiente.

d) Avaliações de eficiência: tentam avaliar os custos de um programa e julgar se a mesma quantidade e qualidade de produtos poderia ser alcançada de forma mais eficiente, ou seja, por um custo menor. Os insumos e produtos são o alicerce desse tipo de avaliação.

e) Avaliações de adequação de desempenho (ou de eficácia): comparam o desempenho de um determinado programa aos seus objetivos propostos para determinar se o programa está atingindo suas metas e/ou se as metas precisam ser ajustadas em função do cumprimento do programa. Esse também é o tipo de avaliação mais difícil de realizar. As necessidades de informação são imensas e o nível de sofisticação exigido para conduzir o processo é mais alto do que o que há geralmente disponível no governo.

Importante ressaltar, mais uma vez, que o Gerencialismo trouxe uma grande importância para a fase da avaliação das políticas públicas, visto que, conforme exposto no capítulo anterior, o povo passou a ser visto como “consumidor” da atividade administrativa. Assim, deve haver avaliação das políticas públicas para a verificação do atingimento ou não dos objetivos inicialmente propostos.

4 A BOA ADMINISTRAÇÃO

4.1 Natureza jurídica

A primeira discussão que se suscita em relação à boa administração é em relação à sua natureza jurídica, visto que pode ser classificada como direito, garantia e princípio. Portanto, para solucionar tal questão, devemos definir cada uma das expressões acima.

Inicialmente, podemos definir princípio como preceitos que refletem os valores fundamentais de uma sociedade e, assim, absorvem os valores centrais de um ordenamento jurídico. Em outras palavras, os princípios estabelecem metas e finalidades a serem atingidas quando da atuação de um agente público, um legislador ou aplicador de Direito.

Importante ressaltar que, no caso de conflito entre princípios, a solução adequada é a ponderação, ou seja, um princípio jamais anula o outro. Mesmo em conflito, os princípios devem conviver, sempre mediante uma análise casuística.

Já os direitos são normas de conteúdo declaratório, ou seja, são dispositivos que declaram a existência de um interesse ou vantagem. Como exemplo, citemos o direito à vida: é uma norma que menciona que todos têm o interesse de viver, sendo que nada poderá tirar

esse direito.

Por fim, garantias são normas de conteúdo assecuratório, que tem a função de proteger o direito declarado. Como exemplo, podemos citar o *habeas corpus*, que é um instrumento que garante o direito à liberdade.

A doutrina majoritária menciona que a boa administração é uma espécie de direito fundamental, visto que é um interesse de cada pessoa. Entretanto, entende-se que a boa administração tem natureza híbrida, configurando, ao mesmo tempo, um princípio, um direito e uma garantia para todos os indivíduos da sociedade.

A boa administração deve ser visto como preceito para a edição de leis ou quaisquer outros atos, administrativos ou não, refletindo uma verdadeira finalidade para a atuação do Poder Público; assim, está configurado o princípio da boa administração.

Ao mesmo tempo, a boa administração é um interesse que todos temos na atuação da Administração Pública, visto que o cidadão é contribuinte de tributos e, dessa forma, tem a vantagem de ver suas contribuições sendo bem aplicadas; assim, está configurado o direito (fundamental) à boa administração.

Por fim, a boa administração também é um instrumento que pode ser usado para que seja assegurado um direito; como exemplo, pode-se citar a possibilidade de se fundamentar na garantia da boa administração a criação de políticas públicas que protejam o consumidor, garantindo o direito de defesa do consumidor pelo Estado (art. 5º, inciso XXXII CF). Assim, está configurada a garantia à boa administração.

Porém, conforme mencionado, é comum que se caracterize a boa administração apenas como direito; portanto, a expressão utilizada nesse trabalho será “direito à boa administração”.

4.2 Conteúdo semântico

Importante, nesse momento do trabalho, expor as divergências conceituais sobre o direito à boa administração.

Clássica é a definição de Juarez Freitas:

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade de princípios constitucionais e correspondentes prioridades (2009, p.22).

Ainda segundo o autor, o direito fundamental à boa administração é pautado pelos seguintes caracteres: (a) direito à Administração Pública transparente; (b) direito à

Administração Pública dialógica; (c) direito à Administração Pública imparcial; (d) direito à Administração Pública proba; (e) direito à Administração Pública respeitadora da legalidade temperada; (f) direito à Administração Pública preventiva, precavida e eficaz; e (g) direito à Administração Pública sustentável (FREITAS, 2009, p. 22-23).

Repare-se facilmente que tais caracteres não são inovadores na jurisprudência e na doutrina administrativa, inclusive constando de vários princípios fundamentais da Administração Pública e, principalmente, de atos normativos editados posteriormente.

É importante colocar, também como definição, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, também chamada de “Carta de Nice”, que, em seu artigo 41º, conceitua o direito à boa administração:

Artigo 41º.

Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.
2. Este direito compreende, nomeadamente:
 - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente,
 - o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial,
 - a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.
3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados por suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.
4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

Note-se que na referida Carta, diferentemente do que ocorre no ordenamento jurídico pátrio, o direito fundamental à boa administração é expressamente reconhecido, inclusive com todos os seus caracteres.

4.3 A eficiência e a boa administração

Conforme mencionado acima, um dos caracteres do direito fundamental à boa administração é a eficiência.

Enfatiza-se que o princípio da eficiência é expressamente reconhecido pelo art. 37, *caput* da Constituição Federal, após nova redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998, que marcou o início do Gerencialismo na Administração Pública brasileira.

Dessa forma, percebe-se uma íntima influência do Gerencialismo na consagração do direito fundamental à boa administração. Justifica-se no sentido de que, conforma já recorrido, a partir do referido modelo de administração, a coisa pública passou a pertencer do povo e, dessa forma, como contribuinte, o povo tem direito a ver os serviços públicos

prestados com eficiência e, dessa forma, ver a administração sendo bem exercida.

Ainda, o direito à boa administração e o reconhecimento da eficiência como princípio fundamental da Administração Pública influencia diretamente na criação e instituição de políticas públicas, principalmente na fase de tomada de decisões.

As políticas públicas, espelhadas no direito fundamental à boa administração, devem ser as mais eficientes possíveis para atingir as metas estabelecidas quando da elaboração da agenda.

Nesse sentido:

Nesse prisma, as políticas públicas não devem mais ser vistas como meros programas governamentais mais ou menos livres, ao gosto dos eleitos e de seus patrocinadores. São, na realidade, programas constitucionais que incumbe ao agente público implementar, de maneira estilisticamente nuançada, mas sem retrocesso. Compreendidas nessa acepção, inventariam-se, por exemplo, certas prioridades-guia, que desfrutam de robusto enraizamento no texto e no espírito da Carta: (I) a prioridade das políticas endereçadas ao desenvolvimento sustentável sobre aquelas voltadas apenas para o crescimento econômico imediato (CF, art.225); (II) a prioridade das políticas voltadas para a eficácia do núcleo dos direitos fundamentais sobre aquelas destinadas a assegurar pleitos não fundamentais; (III) a prioridade das políticas dotadas de responsabilidade intertemporal e intergeracional sobre aquelas que se preocupam só com a geração presente (ou com a próxima eleição); (IV) a prioridade das políticas de benefícios líquidos sobre aquelas cujos custos sociais, ambientais e econômicos ultrapassam os eventuais ganhos (diretos e indiretos); (V) a prioridade das políticas explicitamente justificadas sobre aquelas de motivação elusiva; (VI) a prioridade das políticas alinhadas, tópico-sistematicamente, com os objetivos fundamentais da Carta (art.3º) sobre aquelas transitórias e não universalizáveis; (VII) a prioridade das políticas redutoras de iniquidades sobre aquelas que cultivam cegamente o mercado, a despeito de suas estridentes falhas (FREITAS, 2017).

Assim, a boa administração é, indubitavelmente, um caminho a ser seguido quando da implementação de políticas públicas.

5 CONCLUSÃO

Concluído o trabalho, observa-se que o problema foi devidamente identificado pelo Poder Público e por suas instituições, tanto que quando da elaboração de políticas públicas, o direito à boa administração vem sendo observado.

Observou-se que o modelo de administração passou por diversas modificações e evolução. Em um primeiro momento, contou-se com o Patrimonialismo, modelo em que há flagrante confusão patrimonial entre a coisa pública e a propriedade do monarca. Após, surgiu o modelo burocrático de administração, em que a coisa pública passou a ser propriedade do Estado e a Administração foi tomada por formalidades e procedimentos. Por fim, em uma interessante evolução, surgiu o Gerencialismo, que contou com o entendimento de que a coisa pública pertence tão somente ao povo, afastando o autoritarismo e formalismo e dando

importância ao interesse público.

Analisado o modelo de administração, passou a fazer uma rápida análise sobre políticas públicas que, conforme o estudo do conceito, é a atuação do Estado na satisfação dos interesses públicos, principalmente através de programas. Expôs-se, também, os tipos de políticas públicas mais estudados pelos doutrinadores em geral. Finalmente, foi abordado o ciclo das políticas públicas, momento do trabalho em que foi abordada cada uma das fases de implantação de políticas públicas: definição da agenda, formulação das políticas, tomada de decisão, implementação e avaliação.

Chegando ao ápice da pesquisa, foi desenvolvido o tema da boa administração. O primeiro ponto exposto foi sobre a sua natureza jurídica que, conforme defendido nesse trabalho, é híbrida, constituindo um direito, uma garantia e um princípio. Posteriormente, fez-se uma análise semântica da boa administração, concluindo que a boa administração inclui uma Administração Pública transparente, dialógica, imparcial, proba, respeitadora da legalidade temperada, preventiva, precavida, eficaz e sustentável.

Dessa forma, observa-se que a boa administração é diretamente influenciada pelo Gerencialismo e, conseqüentemente, o ciclo de políticas públicas deve ser pautado em seus caracteres e objetivos. A partir do momento em que se vê o povo como verdadeiro consumidor da atividade estatal, toda a função administrativa deve se voltar à satisfação do interesse público, respeitando, dessa forma, o direito fundamental à boa administração.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Editra, 2013.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. Brasília: **Revista do Serviço Público**, Ano 47, número 1, janeiro-abril 1996. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>> Acesso em 20 jun. 2017.

_____. Do Estado Patrimonial ao Gerencial. In: PINHEIRO; WILHEM; SACHS (orgs.). **Brasil: Um Século de Transformações**. São Paulo: Cia. das Letras, 2001, p. 222-259. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/2000/00-73EstadoPatrimonial-Gerencial.pdf>> Acesso em 20 jun. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallar (org). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALDAS, Ricardo Wahrendorff. **Políticas Públicas: conceitos e práticas**. Belo Horizonte/MG: Sebrae/MG, 2008.

CARNEIRO, João Paulo de Souza. **Delimitação judicial do direito à saúde: um exercício de aplicação do modelo de direitos fundamentais de Robert Alexy**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15.ed., São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Juarez. **As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração**.

Disponível em:

<http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/21688/1/2015_art_jfreitas.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2017.

_____. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

REK, Marcos. **Os modelos de Administração Pública e reflexos à qualidade na gestão administrativa Brasileira**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14742>. Acesso em: 21 jun. 2017.

RODRIGUES, Rui Martinho; RODRIGUES, Carlos Roberto Martins; SILVA, Maria Josefina da; ALBUQUERQUE, Cândido Bittencourt de. **A (i)legitimidade das políticas públicas: a República entre a igualdade e a especificidade**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análises, casos práticos**. São Paulo: CENGAGE Learning, 2012.

SMANIO, Gianpaolo Poggio, BERTOLIN, Patricia Tuma Martins; BRASIL, Patricia Cristina (org.). **O Direito na fronteira das políticas públicas**. São Paulo: Páginas & Letras Editora e Gráfica, 2015.

SOUZA, Celine. [Políticas Públicas: uma revisão da literatura](#). **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

_____. **Políticas Públicas: conceitos, tipologias e sub-áreas**. Disponível em:

<<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/3843/material/001-%20A-%20POLITICAS%20PUBLICAS.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

O ATO DE CONCEBER UMA VIDA NAS SOMBRAS: ANÁLISE À SAÚDE DA MULHER GRÁVIDA EM SITUAÇÃO DE PRISÃO

Beatriz ABUJAMRA¹
Nathália Santos ARAUJO²

RESUMO

O presente trabalho estuda a situação vivenciada pelas mulheres em situação de cárcere, com enfoque nas que enfrentam este momento durante a gestação. O problema consiste na violação dos direitos inerentes a todo ser humano que sofrem as mulheres grávidas presas, vez que, dentro das cadeias, não são respeitadas as peculiaridades inerentes ao sexo feminino. O objetivo da pesquisa é demonstrar a situação vivida pelas gestantes privadas de liberdade e, por consequência disso, privadas de assistência médica, de afeto, esquecidas como mães e seres humanos. Além disto, busca-se apresentar saídas ao problema posto, visto que as mulheres não podem ser responsabilizadas pela falta de aparato do Estado de fornecer uma vida digna às gestantes e ao feto dentro das prisões. Assim sendo, justifica-se na grande importância que deve ser dada ao tema, pois são ignoradas as legislações e os tratados internacionais ao tratarem estas mulheres como objetos, sem garantir-lhes o mínimo de dignidade atrás dos muros das prisões brasileiras. Para a elaboração da pesquisa, foram utilizados os métodos dedutivo e quantitativo de abordagem, sendo realizadas pesquisas bibliográficas e documentais, de modo a trazer dados estatísticos e fáticos, objetivando-se chegar à solução da problemática.

PALAVRAS-CHAVE: Cárcere. Gestação. Maternidade. Assistência médica. Saúde da mulher.

ABSTRACT

The current paper studies the situation lived by woman prisoners focoussing witch one that face this moment during pregnancy. The problem is how the violation of rights caused by all human that the pregnancy woman suffer, as insider chains the famale particularities are note followed. In addition, In addition, it seeks to present solutions to the problem posed, since women can not be held responsible for the lack of state apparatus to provide a decent life for pregnant women and the fetus inside the prisons. Therefore, it is justified in the great importance that must be given to the subject, because international laws and treaties are ignored when treating these women as objects, without ensure them the minimum of dignity behind the walls of the Brazilian prisons. For the elaboration of the research, the deductive and quantitative methods of approach were used, being carried out bibliographical and documentary researches.

KEY-WORDS: Prision. Pregnancy. Maternity. Medical Assistance. Woman's Health.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 5º, elenca uma série de direitos fundamentais inerentes a todo ser humano. Dentre ele podemos citar o direito à dignidade da

1 Graduanda em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP

2 Graduanda em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP

pessoa humana e igualdade, sendo vedado qualquer tipo de discriminação referente à raça, cor, etnia ou sexo.

Contudo, ao observar as prisões brasileiras, sobretudo as penitenciárias femininas, nota-se que tais direitos são violados constantemente. Com isto, o presente estudo busca demonstrar a atual realidade do sistema carcerário, vez que não são respeitadas as condições peculiares do sexo feminino, conferindo às mulheres tratamento similar aos homens.

Tal fato se deve a um longo período histórico, em que as mulheres não pertenciam à criminalidade, vez que foram criadas para cuidarem do lar e dos filhos. Assim sendo, diante da diminuída importância dada às mulheres que praticam crimes, pouco se estuda as particularidades existentes, pois o sistema penal é feito por homens e pensado para os homens.

Tal realidade é ainda mais evidenciada ao se tratar de gestantes submetidas à prisão, uma vez que, além de violar os direitos da mulher, passa-se a desrespeitar os direitos do feto, ainda no início de sua vida, pois não há assistência médica adequada, tampouco condições mínimas de sobrevivência em um ambiente precário e insalubre.

Desta forma, viola-se também outra norma fundamental estabelecida no inciso XLV do artigo 5º da Lei Maior, o qual dispõe que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Não é o que ocorre com as gestantes presas, posto que as condições degradantes a que são submetidas, transpassam ao feto, o qual poderá nascer com uma série de problemas psicológicos e de saúde, em decorrência das circunstâncias vividas durante a gestação mal amparada.

Tomando por base pesquisas bibliográficas documentais, como a Constituição Federal, bem como doutrinárias, utilizando-se os ensinamentos de autores como Olga Espinoza e Drauzio Varella, objetivou-se, através do método dedutivo e quantitativo, realizar uma explanação clara e coesa acerca do tema, trazendo dados sobre as mulheres presas no Brasil, com o fito de chegar à solução da problemática.

É certo que as gestantes não devem carregar a culpa e sofrer as consequências da falta de preparo do Estado em receber as mulheres grávidas em situação de cárcere. Sendo assim, busca-se demonstrar que, enquanto perdurar as condições insalubres do sistema penitenciário brasileiro, deverão ser adotadas medidas alternativas à prisão, de forma a conciliar o respeito aos direitos fundamentais das gestantes e a punição pelo cometimento de um delito.

Assim sendo, num primeiro momento explicou-se a criminologia feminina e seus desdobramentos históricos. Adiante, realizou-se uma explanação acerca do sistema

penitenciário brasileiro, com enfoque nas prisões femininas e na situação em que são submetidas as gestantes. Por fim, abordou-se sobre o direito à saúde das mulheres, buscando demonstrar as particularidades das grávidas, que devem receber tratamento prioritário, o qual não deve ser deixado de lado dentro das prisões.

1. CRIMINOLOGIA FEMININA

A criminalidade configura-se em um comportamento humano que vem sendo praticado desde os tempos antigos, sendo que persiste e faz-se presente ainda nos dias atuais.

As mulheres, desde os primórdios, foram educadas para serem mães e esposas, de modo a desenvolver um papel atribuído exclusivamente a elas, como dedicar-se ao lar e a criação dos filhos, submetendo-se as ordens do marido (Lobato, 2012, p.10). Desta cultura patriarcal, nasce a ideia de submissão da mulher, que é condenada a viver em um ambiente voltado aos homens e, mais do que isso, se adequar às regras masculinas para poder conviver em sociedade.

(...) Quase por instinto de sobrevivência, a mulher é mais avessa à submissão aos superiores; desde criança aprende a subverter a ordem, de forma a moldá-la aos ensejos pessoais sem dar a impressão de rebeldia, se possível. Não fosse essa aversão ao domínio e a destreza em manipular a vaidade dos mais poderosos e dos defensores de interesses que as desagradam, ainda estariam confinadas ao lar, sem direito a voto e a ganhar a vida por conta própria (VARELLA, 2017, p.20).

Em razão disso, não se reconhecia a mulher como tendente ao crime, posto que, como dito, a sociedade a percebia, e de certa forma ainda a percebe, como frágil e submissa. Assim, seria da essência da mulher a baixa propensão à delinquência e, se criminosa fosse, os motivos eram constantemente atribuídos à sexualidade precoce, à puberdade, à menopausa, ao parto, enfim, às alterações hormonais femininas. Havia, ainda, a associação entre crime feminino e rebeldia, o protesto contra a opressão social. (GALVÃO; ANDRADE, 2013, p.3)

Lombroso (2001, p. 2) não levava em conta as questões culturais que perpassavam a vida das mulheres, defendia apenas que as mulheres eram menos tendenciosas ao crime pelo fato de evoluírem (biologicamente) menos que os homens. Do ponto de vista orgânico, assumiam uma posição de passividade e conservadorismo, notadamente, pela posição imóvel do óvulo comparada ao espermatozoide (excesso de mobilidade).

Ainda de acordo com Lombroso (2004, p. 149), a criminosa típica, ou criminosa nata, era mais rara entre as mulheres que os criminosos natos entre homens, pois o padrão de desvio de uma mulher normal ao seu ancestral atávico seria muito pequeno, devido à pouca mobilidade evolucionária feminina. Já os homens, por terem evoluído mais e atingido maior grau de civilização, quando se aproximavam do tipo primitivo, seriam desviantes absolutos, já

que regrediriam muitos patamares na linha evolutiva.

Com o passar dos anos foi se estabelecendo a necessidade de a mulher ter uma identidade própria. São aparentes as consequências ocasionadas por esse processo de mudança, diante de toda a dinâmica gerada em torno dos papéis femininos no mundo atual.

Ao longo da história, o papel da mulher na sociedade sofreu diversas alterações, na relação familiar, de trabalho e social, atingindo papéis que antes eram exclusivos dos homens, logo em consequência dessas transformações, alterou-se o perfil da mulher criminosa. (BUGLIONE, 1998, p. 239)

Nesse mesmo sentido Hilda Macedo (1953, p. 287) argumenta que, quando as mulheres passam a frequentar o universo público, espaço social criado e frequentado pelos homens, elas se deparam com muitos obstáculos e, muitas vezes, despreparadas para enfrentá-los, delinquem na tentativa de superá-los. Isso significa, segundo a autora, que a mulher não é biologicamente inferior ao homem, mas sim socialmente.

A criminalidade feminina teve seus primeiros sinais no século XI, quando eram punidas as bruxas e as prostitutas, por irem de encontro com o padrão feminino estabelecido à época, qual seja padrão de mulher dócil, do lar, mãe de família, esposa submissa.

Segundo expõe Soraia da Rosa Mendes, não foi no período medieval que as mulheres foram afastadas da esfera pública. Entretanto, é a partir da baixa Idade Média, especificamente, que se constrói o mais perfeito e coordenado discurso, não somente de exclusão ou limitação da participação feminina na esfera pública, mas de sua perseguição e encarceramento como pertencente a um grupo perigoso. Nesse contexto à caça às bruxas é elemento histórico marcante enquanto prática misógina de perseguição.

Desta forma, fica clara a função do direito penal em relação às mulheres: a punição, em primeira instância, por não exercerem o papel social definido para o ser feminino pré-determinado pela ordem patriarcal de gênero, ou seja, a autora de qualquer desvio recebe primeiramente uma punição social por não ter cumprido seu papel de mulher na sociedade, e caso o delito se reconheça em tipo penal, irá também sofrer a punição formal do Estado que reproduz os valores reconhecidos na sociedade.

Assim defende Carmen Antony:

Além do estigma normalmente atribuído àquele que delinque, a mulher desviante, em face dessa cultura patriarcal, carrega o rótulo de “criminosa”, bem como o de inconsequente e irresponsável (por agir sem pensar na criação dos filhos) e também acaba perdendo, perante os demais, a sua feminilidade, por praticar condutas socialmente atribuídas ao gênero masculino. Acaba que, mesmo delinquindo em menor expressão, a mulher tem sua punição majorada pelos pré-conceitos da sociedade. (2007, p.1)

A criminalidade, por sua vez, “seleciona” suas vítimas, ou seja, o perfil social da mulher criminosa costuma ser de mulheres com baixo nível educacional, bem como de baixo nível socioeconômico, geralmente são separadas ou solteiras e com empregos de baixo valor social, tais como empregadas domésticas, balconistas, vendedoras informais e a grande maioria são mães. O aspecto que mais difere as difere dos homens criminosos é a quantidade de crianças que são dependentes delas, na condição emocional e financeira. (SOARES; ILGENFRITZ, 2002, p. 168).

Destaca-se, também, dentro do perfil da criminalidade feminina, os tipos de crimes que cometem, sendo que os contra a propriedade tendem a ser realizados em proporção bem maior do que os crimes contra a vida. Tráfico de drogas e furtos são os mais frequentes entre as mulheres, posição que já foi ocupada pelos delitos de infanticídio, aborto, crimes passionais, classificados tipicamente como femininos, de gênero. (SOARES; ILGENFRITZ, 2002, p. 170).

Dessa desvinculação da mulher aos delitos da categoria de gênero e alinhamento ao que se chama de “criminalidade da pobreza”, infere-se o fato de que a má remuneração em empregos de baixa relevância social ou informais e a posição cuja grande maioria assume de chefia da família, ou seja, quem provém o sustento familiar, a passarela do crime torna-se alternativa sedutora para complementação ou fonte de renda, na tentativa de sobrevivência pessoal e de seus filhos. Contudo, ressalta-se que não são apenas as mulheres das classes mais baixas que cometem crimes, posto que não é possível afirmar que as criminosas possuem características predeterminadas.

É importante destacar que grande parte das mulheres entra no universo da criminalidade através de um homem, de modo que são cúmplices ou intermediárias de crimes. Assim, auxiliam seus parceiros ou escondem delitos praticados por seus filhos. É comum o caso de mulheres apreendidas no esforço de levar a droga na ocasião da visita ao parceiro já preso. Nesse contexto avalia Soraia da Rosa Mendes:

Como visto a criminologia surgiu como um discurso de homens, para homens, sobre as mulheres. E, ao longo dos tempos se transformou em um discurso de homens, para homens e sobre homens. Pois, já não era necessário, para alguns, “estudar” as mulheres, ou, politicamente relevante, para outros, considerar as experiências destas enquanto categoria sociológica e filosófica, como ensina Lourdes Bandeira. De maneira que no discurso criminológico competente atual, a mulher surge em apenas alguns momentos. Mas, no máximo, como uma variável, nunca como um sujeito. (2014, p. 157)

Não menos significativo observar o ofício desenvolvido pelas mulheres dentro do tráfico de drogas – delito mais cometido entre elas. Exercem majoritariamente cargos pequenos, como quem armazena as drogas em casa, ou as passa, sendo que o comando de

organizações criminosas, assim como nos demais ramos da vida civil, acaba sendo reservado aos homens e a um percentual ínfimo de mulheres.

Esse quadro sustenta a associação da desigualdade social à prisão, à discriminação e à seletividade do sistema penal, que acaba punindo os mais vulneráveis, sob categorias de raça, gênero e renda (ESPINOZA, 2004, p.117).

Dado o exposto, a criminalidade feminina continua sendo pouco estudada, tendo em vista que, apesar das inúmeras transformações sociais das últimas décadas e o aumento de pessoas do sexo feminino submetidas à prisão, o número de mulheres no mundo do crime continua a representar baixa incidência numérica em relação aos homens.

2. A REALIDADE DOS PRESÍDIOS NO BRASIL: O DESRESPEITO ÀS QUESTÕES DE GÊNERO

Sabe-se que o sistema carcerário brasileiro é precário e inapropriado. Os presídios são superlotados e insalubres, havendo a violação de diversos direitos inerentes a todo ser humano, como por exemplo, direito à saúde e alimentação adequadas.

É mundialmente conhecido que o sistema penitenciário do Brasil é impróprio e não se presta aos fins por ele buscados, uma vez que não ressocializa os detentos, servindo tão somente como uma forma desumana de punição. Na Revisão Periódica Universal do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, realizada no ano de 2012, o Brasil foi advertido por desrespeitar os direitos humanos em seu sistema carcerário, sobretudo por ignorar questões de gênero.

Mesmo os mais otimistas partidários do tratamento penitenciário, reconhecem que, até a presente data, a cadeia não logrou êxito em atingir o objetivo de transformar criminosos em não-criminosos. A tendência geral é maciça em desprezar explicações, para o fenômeno, baseadas na ideia de que a prisão é imprestável, para tal mister (...). (THOMPSON, 2002, p. 15).

O fracasso do sistema penitenciário, ao contrário do que muito se fala, não se dá apenas pela falta de recursos. Investir mais dinheiro nas prisões, ou simplesmente privatizá-las, como abordado por diversos estudos na atualidade, não resolveria o problema, pois a dificuldade não está apenas na falta de verbas.

Sobre esta realidade brasileira, Torres afirma que:

Um sistema que apresenta sérios problemas e sobrevive caoticamente, mantendo em constantes conflitos e sob o jugo da violação dos direitos humanos de milhares de homens e mulheres presos. Esse quadro decorre da ausência de uma política institucional definida e estruturada em níveis nacionais, que construa novos parâmetros e objetivos para o sistema penitenciário além da segurança e do encarceramento (2001, p. 77).

Olhando para o fato de que as prisões brasileiras femininas são, inquestionavelmente,

precárias e desrespeitosas das peculiaridades do sexo feminino, resta claro que o problema reside em uma questão histórica, uma vez que vivemos em uma sociedade misógina e machista, na qual o sistema penitenciário ignora as necessidades básicas das mulheres.

2.1 As penitenciárias femininas

O Poder Público confere às mulheres presas tratamento similar ao concedido aos homens, desconsiderando as questões de gênero e adotando apenas a igualdade formal, ao contrário do que se prega na Constituição Federal do país.

Segundo Olga Espinoza (2004, p.74) o feminismo trouxe para a criminologia cinco grandes contribuições. A primeira delas consiste na introdução da perspectiva de gênero na análise do sistema carcerário. Isso implica no entendimento de que a prisão não é instituição isolada, dentro dela se reproduzem os valores patriarcais e os papéis sociais determinados para homens e para mulheres. Desta forma é possível compreender que a ciência criminal, inclusive a criminologia crítica, até então parte de uma perspectiva androcêntrica, que elimina qualquer possibilidade de compreensão do universo feminino na prisão.

Na origem histórica das prisões femininas do Brasil, destacava-se o discurso moral e religioso. Veiculava-se a ideia de separação das mulheres criminosas para um ambiente isolado de “purificação”, numa visão de discriminação de gênero assumida pela construção do papel da mulher como sexo frágil, dócil e delicado. A intenção era que a prisão feminina fosse voltada à domesticação das mulheres criminosas e à vigilância da sua sexualidade (LIMA, 1983, p. 40).

A separação de sexos nas unidades prisionais se deu porque a presença de presidiárias em penitenciárias mistas apresentava um elemento perturbador para os homens presos, portanto, elas deveriam ser separadas o máximo possível, para garantir a tranquilidade masculina (LIMA, 1983, p. 51).

A necessidade de separar as mulheres dos homens e colocá-las longe dos presídios masculinos, para assim se evitar a influência perniciosa que elas poderiam causar. O autor justifica seu ponto de vista mencionando que a ciência penitenciária tem sustentado que as prisões de mulheres devem ser inteiramente separadas das destinadas a homens, vez que a presença das mulheres exacerba o sentimento genésico dos sentenciados, aumentando-lhes o martírio da forçada abstinência. (SOARES; ILGENFRIT, 2002, p. 57).

Nota-se que até mesmo a separação de sexos nas unidades prisionais não foi feita pensando nas mulheres, de modo que as questões de melhores condições nas unidades femininas foram pouco levantadas, não possuindo, por conseguinte, especificidades voltadas

para o sexo feminino. Estas características masculinas das unidades prisionais afetam diretamente o sistema psicológico e emocional das mulheres, anulando a feminilidade, cuidados os cuidados com aparência, higiene, saúde e a sua sexualidade.

O ambiente prisional, devido à heterogeneidade das pessoas que nele se encontram, oferece riscos de natureza física e psíquica, acrescido, sobretudo, da transmissão de doenças infecciosas. Cresce a vulnerabilidade a infecções, aumentando também as taxas de morbimortalidade, o que se atribui à precariedade das condições físicas nas cadeias e presídios, ao déficit de vagas e às condições do aprisionamento (FOCHI; SILVA; LOPES, 2014, p.47).

Segundo estudos realizados pelo Ministério da Justiça em 2014, as mulheres representam apenas 6,4% da população carcerária do Brasil, o que motiva, mas não justifica, a falta de preparo dos presídios para receberem as pessoas do sexo feminino, uma vez que, como a maioria dos presos são homens, as mulheres, ao serem submetidas à situação de cárcere, tornam-se invisíveis aos olhos do Estado e da sociedade. Contudo, é válido ressaltar que, em relação aos outros países, o Brasil apresenta a sétima maior população carcerária feminina do mundo (Ministério da Justiça, 2014).

É preciso resgatar a humanidade das mulheres encarceradas, devendo levar em conta que as pessoas do sexo feminino necessitam de tratamentos especiais, os quais, por óbvio, não devem ser deixados de lado dentro das prisões. Exames preventivos, como o papanicolau, itens básicos de higiene, como shampoo, condicionador, absorventes, devem ser fornecidos às mulheres presas, para que seja propiciado um ambiente, ao menos minimante, digno de sobreviver.

2.2 A gestação em situação de cárcere

Deve-se garantir às mulheres grávidas em situação de cárcere o acompanhamento médico completo, desde o início da concepção até o nascimento, conferindo, também, acesso à medicação e a saúde do bebe. O artigo 89 da Lei de Execuções Penais prevê que:

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Porém, a realidade é que os estabelecimentos prisionais femininos estão longe de fornecer o mínimo de cuidados que estas mulheres privadas de liberdade teriam direito. Os presídios femininos brasileiros apresentam problemas como superlotação, falta de estrutura física, de higiene, ou deficiência na assistência médica, violência, discriminação, fracasso na

recuperação (OLIVEIRA, 2009, p. 198).

Nas penitenciárias femininas brasileiras, apesar de haver diferenças entre elas – umas mais garantidoras de direitos, mais equipadas e bem mais estruturadas que outras – podemos dizer que nenhuma delas funciona em respeito pleno aos parâmetros legais vigentes (IPEA, 2015).

Apenas 34% dos estabelecimentos femininos dispõem de cela ou dormitório adequado para gestantes. Nas cadeias mistas, somente 6% das unidades dispõem de espaço específico para a custódia de grávidas (Ministério da Justiça, 2014). Nota-se que os espaços próprios para o exercício da maternidade são excepcionais e localizados somente em algumas capitais brasileiras, não atingindo a população prisional de forma geral. E mesmos os espaços considerados modelos, possuem falhas conjunturais e estruturais que permitem afirmar que o exercício da maternidade de mulheres presas é precário.

A violação de direitos é visível no descumprimento das previsões legais, havendo negligência em relação às especificidades das mulheres e violações no que tange à convivência das mães presas e suas crianças.

É inegável a influência que o ambiente possui no período gestacional, principalmente durante os três primeiros meses, a alimentação adequada é essencial, não somente com efeitos em curto prazo para o crescimento composição e funções corporais, mas também em longo prazo, podendo interferir no desenvolvimento das funções neurais, comportamentais e nos riscos ocorrência de mortalidade. (BARROS, 2002, p. 127).

Não é raro ter-se conhecimento de que a alimentação em situação de cárcere é precária, sem fornecer as necessidades nutricionais, e frequentemente são consideradas repugnantes pelas detentas, que se alimentam apenas para não passarem fome.

A alteração de peso na gravidez pode determinar o desenvolvimento de condições patológicas, sendo assim, o ganho de peso insuficiente do feto está relacionado à maior risco de retardo ou crescimento intrauterino e mortalidade perinatal. Enquanto o ganho excessivo pode estar relacionado à diabetes gestacional, dificuldades no parto e risco para o feto. (BELARMINO, 2009, p. 169)

Importante mencionar que cerca de 50% das mulheres encarceradas têm entre 18 e 29 anos (Conselho Nacional do Ministério Público, 2016), idade considerada propícia à gestação. Sendo assim, deve ser dada maior atenção às condições peculiares das gestantes em situação de cárcere, vez que se torna cada vez mais comum o caso de presidiárias grávidas.

Há medidas que permitem que as apenadas possuam alimentação melhor, uma vez que a família, nos dias de visita, pode levar alimentos para complementar a alimentação

fornecida pelo presídio. Ocorre, entretanto, que grande parte das mulheres são pertencentes às classes sociais mais baixas, cujas famílias não possuem condições de realizarem a visita frequentemente, tampouco de levarem os alimentos.

Não se deve deixar de lado a quantidade de mulheres que são abandonadas atrás dos muros das prisões por suas famílias. Tal rompimento ocorre por diversos motivos, um deles é devido à reduzida quantidade de mulheres presas, sendo poucos os presídios femininos, o que resulta em muitos casos de afastamento da presa de sua terra natal, dificultando as visitas, que geram o dispêndio de um valor financeiro cuja família não possui. O fator principal, contudo, é a questão de gênero. A punição social que a mulher infratora recebe por não cumprir seu papel na sociedade, faz com que seus familiares sintam vergonha do estigma social que carrega (NETTO; BORGES, 2013, p.322).

Convém também observar que dentro das deficiências físicas dos estabelecimentos para receber as mulheres grávidas, pode-se elencar a superlotação. Em pesquisas realizadas em 2015, pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a capacidade das penitenciárias femininas era de 26.740 detentas e, à época, havia 33.044 mulheres presas.

A divisão de colchões entre presas ou dormir no chão em estágios de gravidez avançados ou não, interferem diretamente na qualidade do sono, quesito indispensável ao bem-estar da mãe e do feto.

Os aspectos físicos, contudo, não são fatores isolados causadores dos prejuízos apontados, o próprio encarceramento, ou seja, a situação de prisão por si só já promove danos emocionais e ansiedades que trazem sofrimentos inerentes à privação de liberdade.

Vários são os fatores que podem interferir na condição normal de uma gestação. O segundo e terceiro trimestres gestacionais integram etapas em que as condições ambientais vão exercer influência direta no estado nutricional do feto. O ganho de peso adequado, a ingestão de nutrientes, o fator emocional e o estilo de vida serão determinantes para o crescimento e desenvolvimento normais do feto. Quanto maior o número de fatores inadequados presentes em uma gestação, pior o diagnóstico (VITOLLO, 2003, p. 4).

Expectativas em relação à vida futura, à separação do filho e ao reencontro com a família tornam-se confusas e por vezes deturpadas. Dentro dos muros das prisões a detenta sofre diversos abalos, distantes das famílias, privadas de afeto, relacionando-se com pessoas estranhas, as prisioneiras são tomadas pela insegurança, medo, dor e preocupação, formando um quadro negativo para o diagnóstico da gestante.

Soma-se ao quadro de necessidades da gestante a imprescindibilidade da realização do pré-natal, além de outros exames indispensáveis a uma gravidez segura e humana.

(BRASIL, 2006), Contudo, são inúmeras as encarceradas que não recebem nenhum acompanhamento médico, prejudicando, desta forma, o desenvolvimento da gestação e do feto. (CEJIL, 2007)

As consultas são feitas, na maioria das vezes, em locais distintos do encarceramento, como em postos de saúde e unidades básicas, de modo que a indisponibilidade de viaturas de e escolta policial para acompanhamento ao atendimento médico é obstáculo a ser enfrentado, especialmente nos casos emergenciais, e até mesmo nas consultas já agendadas, uma vez que estas ficam a cargo da polícia. (CAIXETA, 2006, p.33)

Sobre essa questão, o relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil faz referência ao aumento da população prisional feminina durante todos esses anos, porém sem ser acompanhado por melhorias em sua estrutura. As viaturas ou agentes penitenciárias para cumprir qualquer diligência ou realizar o transporte de presas ao pronto-socorro são escassas, ao ponto que, entre uma consulta de pré-natal ou uma audiência no fórum, aquela não terá nenhuma preferência. (CEJIL, 2007).

Cumprе salientar que as necessidades básicas e peculiares de uma gestante, como dores e aflições, são usualmente desprezadas pelos agentes penitenciários, responsáveis pela integridade das apenadas, de modo que as ocorrências não são atendidas a tempo, o que implica em maiores complicações à saúde da gestante e do bebê. Ainda, não raros são os casos de mulheres que dão a luz dentro das prisões e, pior do que isso, algemadas.

É notório que, apesar da evolução em algumas penitenciárias em estabelecer o espaço destinado a receber as gestantes e os bebês, ainda faltam muitos avanços para um tratamento ideal, de modo que a estrutura prisional seja um ambiente apto a receber as mulheres e seus filhos. Busca-se a efetivação todos os direitos que lhes são garantidos por lei, uma vez que a gestante, o feto e, posteriormente, o recém-nascido não podem punidos pelas falhas do Estado, a quem incumbe o dever da proteção integral.

A sobrevivência, com dignidade, de um bebê dentro do útero de sua mãe, mas também fora deste, depende de alimentação, cuidados, assistência material e afetiva. Para tanto é necessário, com máxima urgência, elaborar e implementar políticas que tratem do período gestacional da mulher encarcerada, bem como a permanência o do bebê junto da genitora sob uma ótica que enfoque as reais necessidades de ser mulher.

3. A VIOLAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DAS PRESAS GRÁVIDAS

O direito à saúde está incluso dentro do rol dos direitos fundamentais previsto na Constituição Federal de 1988, representado como um desdobramento do direito à vida. A

Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) corrobora a importância desse bem constitucionalmente tutelado, referindo-se à saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social”, não consistindo apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Tal direito deve ser concedido a todo ser humano, independente de raça, sexo, credo, condição social e econômica.

É importante frisar que, no Brasil, no ano de 2003, foi produzido o Plano Nacional de Saúde do Penitenciário em parceria com o Ministério da Saúde e do Ministério da Justiça. O PNSP tem por objetivo garantir que as populações encarceradas tenham acesso integral às ações e serviços de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS) e também que se criem unidades básicas de saúde nos estabelecimentos prisionais.

Ocorre, entretanto, que há uma histórica omissão dos poderes públicos manifestada na ausência de quaisquer políticas que considerem a mulher encarcerada como sujeito de direitos inerentes à sua condição de ser humano, e não menos alarmante é a situação de uma mulher grávida em situação de cárcere, a qual passa pelo descaso, negligência e omissão do Estado no cumprimento de seus deveres. (CEJIL, 2007).

Na maioria das vezes, essas mulheres são jovens em idade reprodutiva e a gravidez torna-se situação recorrente no momento da prisão, ou enquanto estão cumprindo pena. Segundo Viafore “a vida de uma gestante no mundo carcerário é desconhecida, obscura, porém cada vez mais presente”(2005, p.93).

3.1 A saúde da mulher presa

Cada corpo possui suas peculiaridades. As diferenças fisiológicas são observadas entre o sexo feminino e o masculino, de maneira que os cuidados com a saúde do homem e da mulher também se dão de diferentes modos, considerando os aspectos biológicos e as enfermidades que incidem com maior frequência em cada um.

O Estado brasileiro, através do Sistema Único de Saúde (SUS), deve estar orientado e capacitado a atender as especificidades do gênero, numa perspectiva que contemple as necessidades da saúde da população feminina, o controle das patologias mais prevalentes nesse grupo e a garantia ao direito à saúde. O prestador de serviço é obrigado a reger-se pelo respeito a todas as diferenças, sem discriminação de qualquer espécie e sem imposição de normas ou valores morais.

É importante destacar que, embora sejam ações complementares e, de certa forma, genéricas, são contribuições essenciais à manutenção e recuperação da saúde da população feminina, respeitando-se o princípio da integralidade, vendo a mulher presa como um ser

biopsicossocial que necessita de atenção em todas as suas esferas de complexidade.

Da análise desta situação, infere-se que, apesar de garantido em diversas leis e das políticas públicas para o completo e integral atendimento à saúde mulher, há um descaso estatal com as especificidades que a população feminina necessita, uma vez que o sistema de saúde também reproduz os valores da sociedade. Assim, o perfil elitizado de médicos e o não entendimento da mulher como sujeito constituem o plano de fundo da má assistência.

Quando tratamos da situação de saúde da mulher presa, este cenário é ainda pior, pois a realidade é que os estabelecimentos prisionais não fornecem os cuidados necessários às mulheres privadas de liberdade.

Enfatizam-se as situações precárias e de risco à saúde que a população carcerária feminina se encontra exposta diariamente em seu ambiente de detenção ou reclusão, somado ao fato de que muitas nem sequer buscavam serviços de saúde antes de serem presas. Isso leva a um grande contingente de detentas admitidas em presídios com enfermidades crônicas não identificadas, como hipertensão arterial e diabetes mellitus.

Outro fator de relevância é que muitas das mulheres que são presas, pelos mais variados crimes (tráfico ilícito de drogas, furto e roubo, pra citar os mais evidentes), eram usuárias de drogas e/ou prostitutas, demonstrando especial risco e prevalência de DST/aids, tuberculose, hepatites e traumas.

Enfrentar a situação da saúde da mulher na sociedade brasileira, não é meramente algo que necessita de uma intervenção de curto e nem médio prazo, mas a situação do sexo feminino e sua saúde estão enraizadas na sociedade, estabelecidas pelas relações sociais que vivencia e que influencia sua forma de sobrevivência em sociedade (NASCIMENTO, 2011, p. 3).

Sendo assim, faz-se necessário atribuir maior atenção em relação à saúde das mulheres presas, ofertando tratamentos preventivos e exames periódicos, uma vez que, por estarem submetidas a esta situação, sua saúde mental já encontra-se abalada. Logo, não devem ser privadas de nenhum outro direito, que não o da liberdade de locomoção.

3.2 A saúde da gestante em situação de cárcere

A gestação é um período especial da vida da mulher. É uma fase de alegrias, idealizações, expectativas, responsabilidades e preparação para a chegada de um novo ser. No entanto, é também permeada pelo medo, preocupações, fantasias e ansiedades.

Durante os nove meses deste estágio, o organismo materno passa por diversas alterações fisiológicas, que sustentam o bebê em crescimento e a preparam para o parto. As

transformações ocorridas na mulher, contudo, não se limitam ao seu corpo, de modo que o emocional passa por diversas mudanças, ajeitando-se para a maternidade.

Por ser este momento tão delicado e por ali encontrar-se uma nova vida, os cuidados com a saúde da gestante devem ser feitos de forma mais intensa, com políticas públicas específicas e atenção adequada do sistema de saúde, da família e da sociedade.

Para garantia da qualidade da assistência, não se pode prescindir, nas unidades de saúde, infraestrutura adequada com espaço físico, recursos humanos e materiais, profissionais capacitados e organização dos processos de trabalho.

Evidencia-se, a nível mundial, um crescente número de mulheres sendo encarceradas e por este motivo, um porcentual significativo de mulheres presas sendo mães. Deste modo, portanto, o aprisionamento feminino não pode ser considerado isoladamente, pois possui implicações secundárias.

A falta de saúde é um dos aspectos mais graves do sistema prisional brasileiro. O ambiente contribui de maneira significativa para o aparecimento de doenças já latentes ou sua manifestação. Os prisioneiros não possuem condições de buscarem, por seus próprios meios, auxílio médico, ficando, por conseguinte, reféns do sistema e da violência e maus tratos cometidos. Esse quadro é ainda mais grave nas penitencias femininas, uma vez que não há uma política específica para atendimento à saúde da mulher, principalmente à gestante, uma vez que a mulher é objeto de dominação da sociedade patriarcal.

Quando a gestação se dá no ambiente prisional, a situação agrava-se ainda mais. As enfermarias, responsáveis pelos atendimentos médicos das penitenciárias, não suportam os cuidados especiais que uma gestante necessita, restringindo o atendimento pré-natal a meras consultas ambulatoriais. Não é difícil encontrar uma gestante que no quinto mês de gravidez ainda não realizou nenhuma ecografia, procedimento que, quando a gestante encontra-se em liberdade, normalmente se dá nas primeiras semanas subsequentes à descoberta do estado de puerpério.

A lei de execução penal é uma disposição normativa direcionada a efetivar os direitos e deveres dos indivíduos em situação de prisão. O artigo 14 do referido dispositivo dispõe “assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico”.

Neste sentido, são garantidos às mulheres grávidas em situação de cárcere o acompanhamento pré-natal, o atendimento de intercorrências, parto, acompanhamento durante o puerpério, acesso à medicação e a saúde do bebê. Contudo, na prática, tais garantias dificilmente são efetivadas.

Sendo assim, no que se refere à maternidade vivenciada durante o período de aprisionamento, além dos possíveis efeitos nocivos que a detenção poderá ocasionar à mulher, o ato de gerar um filho neste período poderá acarretar efeitos adversos na gravidez e, conseqüentemente, à criança que está sendo gerada.

Durante a gestão, como exposto anteriormente, é de fundamental importância a realização do pré-natal, sendo que o Ministério da Saúde estabelece como parâmetro, o dever de consultar-se com médico pela primeira vez pelo menos 120 dias antes da gestação, bem como realizar o mínimo de seis consultas, sendo uma no primeiro trimestre, duas no segundo e três no terceiro.

No entanto, a CEJIL (2007) expôs em seu relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil, que há presas sem qualquer atendimento pré-natal e, mesmo as que recebem a assistência, esta não é realizada de maneira adequada, de modo que as consultas são realizadas pouquíssimas vezes e com intervalo de tempo superior ao necessário.

A ofensa a esse direito fundamental da gestante – acompanhamento médico – causa sérios riscos à saúde materna e do feto, por não serem diagnosticadas doenças e conseqüentemente não serem tratadas, pode ocasionar desde doenças venéreas, crônicas que as crianças terão que conviver, bem como levar mãe e criança à morte. Esta violação também se caracteriza pela falta informação sobre a saúde da criança, bem como a falta de ação na prevenção e detecção de doenças causando impactos psicológicos nas mães, como angústia e insegurança extrema.

Estudos realizados na Penitenciária Feminina do Paraná (PFP) informaram que o estabelecimento mantém uma área separada para gestantes e mães com crianças de até seis meses, desde sua criação nos anos 70, sendo que a referida galeria ocupa um espaço estreito, composto por sete celas com duas camas cada, um banheiro de uso geral e uma galeria. Assim, as condições de infraestrutura e higiene são completamente insalubres, sendo um local inadequado aos períodos de gestação e amamentação (IPEA 2015).

A sobrevivência, com dignidade, de um bebê dentro do útero de sua mãe, mas também fora deste, depende de alimentação, cuidados, assistência material e afetiva. Para tanto é necessário, com máxima urgência, elaborar e implementar políticas que tratem do período gestacional da mulher encarcerada, bem como da permanência do bebê junto da mãe sob uma ótica que enfoque as reais necessidades de ser mulher.

Neste diapasão, a situação da “creche”, da forma que se dá hoje, é extremamente inadequada. As crianças encontram-se em um local úmido, sujeitas às brigas que ocorrem entre as detentas e a um ambiente totalmente hostil, que apesar de ser diferenciado do restante

da penitenciária, não perde seu caráter institucional e seu perfil prisional. As mães e bebês carecem de atendimento especializado, alimentação adequada e amparo familiar, o que vai contra toda e qualquer percepção de humanidade, ferindo, drasticamente, a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, que é a diretriz maior para a aplicação e efetividade das normas (SARLET, 2008, p. 63).

Tendo em vista que nessa primeira fase da vida, essas crianças compartilham o cárcere com as mães, vislumbra-se mais uma debilidade do aprisionamento feminino. Nesta faceta, além do sofrimento da apenada em gerar um filho em um ambiente violento e deveras inadequado, passamos a nos deparar com a extensão de sua pena para a pessoa do filho.

O “encarceramento” desses menores justifica-se pela manutenção do vínculo materno, bem como pela efetivação do aleitamento, tão necessário para o sadio desenvolvimento de uma criança. No entanto, os submete ao ambiente prisional, sem o convívio com os demais parentes, em locais de estrutura precária, geralmente inapropriados para alojarem até mesmo adultos, quanto mais crianças.

A condição de saúde das presidiárias gestantes foi ressaltada em um dos estudos, com a demonstração de alguns aspectos principais desta população, focando a discussão em torno da ausência da ética e das medidas padrão para o atendimento adequado à saúde de gestantes.

O aprisionamento acaba se tornando, como bem sustenta Christie (1984, p.39), um aparelho intensificador da dor, que não possui funcionalidade alguma a não ser a de causar sofrimento. Ademais, como se pode observar através da exposição, os problemas que chegam à penitenciária, antes de serem penais, são sociais. Sendo assim, inviável é a manutenção das grávidas e dos bebês em um ambiente inadequado para uma gestação digna.

CONCLUSÃO

Por intermédio dos argumentos apresentados, verifica-se que o encarceramento feminino produz consequências mais gravosas que o masculino, tendo em vista que o aspecto que mais difere os homens das mulheres criminosas é o número de crianças delas dependentes. Considerando esse aspecto, as penas impostas as mulheres possuem caráter expansivo, de modo que não punem somente a elas, mas também os filhos delas dependentes.

Ao observar o aspecto da população carcerária feminina, infere-se que a grande maioria é jovem e em idade reprodutiva, assim, a maternidade é uma questão que deve ser tratada com importância pelo poder público, uma vez que é recorrente no ambiente prisional.

A construção e efetivação de políticas públicas que atendam as necessidades das

mães criminosas é um processo em formação que demanda o rompimento de condutas já arraigadas tanto no meio social, como na esfera jurídica, a fim de que possibilite a realização da maternidade sem qualquer vertente discriminatória, mas consolidada no direito de todo ser humano, de modo que não seja mais incompatível o aspecto criminoso e a qualidade de boa mãe.

O Código de Processo Penal estabelece, nos incisos IV e V do artigo 318, que a prisão preventiva pode ser substituída pela domiciliar quando a agente for gestante ou for mulher com filhos menores de 12 (doze) anos. Desta forma, privilegia-se o desencarceramento com maior frequência, considerando que as condições dos estabelecimentos prisionais não são adequadas para o período gestacional, tampouco para o acolhimento de crianças.

A manutenção da prisão deveria ser feita em ambiente confortável e salubre para ambas as partes, com recursos e suportes para a garantia dos direitos dessas mulheres e crianças. Dependendo da prisão, como são, para o exercício dos direitos reprodutivos e maternos é no mínimo uma perversão da nossa sociedade desigual e clivada, sendo uma constante ameaça aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Diante do exposto, as mulheres não podem responder pela ausência de preparo do Estado em receber presas gestantes. Enquanto os ambientes forem inapropriados e violadores do dignidade humana, causando incalculáveis danos à saúde física e psicológica da mulher gestante e que, conseqüentemente, serão passados ao bebê, deverão ser adotadas medidas alternativas para conciliar a punição necessária a quem comete um crime e o direito a vida e à saúde das grávidas e do feto.

As medidas cautelares, elencadas no rol do artigo 319 do Código de Processo Penal, como a monitoração eletrônica e comparecimento mensal em juízo, bem como a prisão domiciliar, citada no artigo 117 da Lei de Execuções Penais, devem ser aplicadas e efetivadas, evitando-se ao máximo a manutenção de gestantes em ambientes insalubres, respeitando-se, desta maneira, a condição peculiar em que se encontra.

O aumento do encarceramento feminino, e logo do número de gestantes, puérperas e mães encarceradas, por fim, demonstra que o sistema de justiça criminal vem ignorando recomendações de organizações internacionais contra o uso de prisão para essas mulheres.

A melhor possibilidade de exercício de maternidade ocorrerá sempre fora da prisão e, se a legislação for cumprida, tanto em relação à excepcionalidade da prisão preventiva como no tangente à aplicação da prisão domiciliar, grande parte dos problemas que afetam a mulher no ambiente prisional estarão resolvidos.

Conclui-se que os ambientes prisionais não estão preparados para receber crianças e, mesmo que os que contam com boa estrutura para abrigá-las, não é a resposta mais adequada para a solução da maternidade no cárcere.

Diante de uma condenação dirigida a uma mãe, imprescindível se faz que o sistema penal conheça seus diversos efeitos e, mais do que isso, que o julgador conheça a realidade de quem está julgando e a realidade dos locais aos quais a condenação exporá as apenadas, bem como seus filhos. Só assim, crianças não seriam submetidas a um processo de institucionalização e exposição ao cárcere, evitando-se, desta forma, novos problemas sociais, oriundos dos primeiros que levaram essas mães a uma carreira desviante.

REFERÊNCIAS

ANTONY, Carmen. **Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina**. Nueva Sociedad, n.208, mar./abr.2007. Disponível em:

<http://www.nuso.org/upload/articulos/3418_1.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2017

BARROS, Denise Cavalcanti. **O consumo de gestantes adolescentes no Município do Rio de Janeiro**. 2002. Dissertação Mestrado.

BELARMINO, Glayriann Oliveira.; MOURA, Escolástica Rejane Ferreira.; OLIVEIRA, Nancy Costa; FREITAS, Gisele Lima. **Risco nutricional entre gestantes e adolescentes**. Fortaleza. 2009.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 17 de abril de 2017.

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17 de março de 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 de março de 2017.

_____. **Guia da Gestante do Bebê**. Disponível em <

http://www.unicef.org/brazil/pt/br_guiagestantebebe.pdf>. Acesso em: 02 de junho de 2017

_____. **Informações sobre a implantação do benefício variável à gestante e do benefício variável nutriz**. Secretaria Nacional de Renda de Cidadania – Senarc. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Nov/2011.

_____. **Legislação da Mulher**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007.

_____. **Lei de Execuções Penais**. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 17 de março de 2017.

_____. **Política Nacional de Atenção à Saúde da Mulher, 2004.** Disponível em <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nac_atencao_mulher.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2017.

_____. **Portaria nº 2.418/2005.** Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2005/GM/GM-2418.htm>>. Acesso em: 02 de abril de 2017.

BUGLIONE, Samantha. **A face feminina da execução penal. Direito e Justiça.** In: Direito & Justiça Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Volume 19, ano XX, 1998.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero – Feminismo e Subversão da identidade.** 8 v. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira. 2015

CAIXETA, Maria Clara. **Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário: análise do processo da sua implementação no Distrito Federal.** Brasília, 2006.. Monografia (graduação) - Universidade de Brasília, Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Serviço Social, 2006

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Do direito público subjetivo à saúde: conceituação, previsão legal e aplicação na demanda de medicamentos em face do Estado-membro.** Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6783>> Acesso em 17 de março 2017.

CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL -CEJIL. **Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil. Brasília.** 2007. Disponível em: <http://asbrad.com.br/conte%C3%BAdo/relat%C3%B3rio_oea.pdf>. Acesso em 13 de junho de 2017.

CISNE, Mirla. **Feminismo e consciência de classe no Brasil.** São Paul: Cortez Editora. 2014.

CHRISTIE, Nils. **Los Límites del Dolor.** México. Fondo de Cultura Económica, 1984.

CNJ. **População Carcerária Feminina.** Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80853-populacao-carceraria-feminina-aumentou-567-em-15-anos-no-brasil>> Acesso em 15 de março de 2017.

CNMP. **A Visão do Ministério Público Sobre o Sistema Prisional Brasileiro - 2016.** Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisonal_web_7_12_2016.pdf> Acesso em 15 de março de 2017.

DINIZ, Carmen Simone Grilo; MAZONI, Lenira da Silveira; ARAÚJO, Maria José; SOUZA, Maria Jucinete; FRANCISQUETTI, Paula Patrícia; MORAIS, Regina Rodrigues;

BONCIANI, Rosa Dalva Faustini; VERARDO, Tereza; VILLETA, Wilza. **Experiência e Prática do Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde**. Disponível em <http://www.aedmoodle.ufpa.br/pluginfile.php?file=%2F158651%2Fmod_resource%2Fcontent%2F1%2F237Coletivo%20Feminista%20Sexualidade%20e%20Sa%C3%Bade.pdf>. Acesso em: 30 de fevereiro de 2017.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: o nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1984
IPEA, Ministério da Justiça. **Dar à luz na sombra**. 2015

LIMA, Elça Mendonça. **Origens da Prisão Feminina no Rio de Janeiro: O Período das Freiras (1942-1955)**. OAB/RJ, Rio de Janeiro, 1983.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Porto Alegre: Ricardo Lenz. 2001

LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. **Criminal Woman, the Prostitute, and the Normal Woman**. Tradução de Gibson, Mary e Rafter, Nicole Hahn. Durham: Duke University Press. 2004.

MACEDO, Hilda. **Criminalidade Feminina e sua Prevenção**. In: **Arquivos da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo**. Suplemento do Volume XXII de 1953 – Anais do 1º Congresso Brasileiro de Medicina Legal e Criminologia, 1o Volume. São Paulo. 1953

MENDES, Rosa Soraya. **Criminologia feminina novos paradigmas**. São Paulo. Saraiva. 2014

PARANÁ. **Relatório Geral da Central de Vagas do Paraná: março 2014**. Disponível em: <www.justica.pr.gov.br>. Acesso em 21 de maio de 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>> Acesso em 15 de março de 2017.

NETTO, Helena Henkin Coelho; BORGES, Paulo César Correa. **A mulher e o direito penal brasileiro: entre a criminalização de gênero e ausência de tutela penal justificada pelo machismo**. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, a 17, n 25, 2013.

OAB, Goiás. **Cartilha dos Direitos à Saúde da mulher**. Disponível em: <http://www.oabgo.org.br/oab/arquivos/downloads/Cartilha_dos_Direitos_a_Saude_da_Mulher_14262.pdf>. Acesso em 12 de maio de 2017.

OLIVEIRA, Adriana Rivoiri Meneli; NONATO, Eunice Maria azarete; STAUDT, Tarcísio. **Educação prisional como projeto de superação da subordinação feminina: prisão e estigma**. REDES, Santa Cruz do Sul, v. 14, n. 2. 2009.

- OLIVEIRA, Erika Patrícia Teixeira. **Mulheres em conflito com a lei: a resignificação de identidades de gênero em um contexto prisional**. RBLA. Belo Horizonte, v. 9. 2009.
- SAFFIOTI, Heleieth. **Genero Patriarcado Violência**. São Paulo: Expressão Popular, 2015
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livro do Advogado. 2008.
- SANTA RITA, Rosangela Peixoto. **Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana**. Brasília: Ministério da Justiça, 2007.
- SOARES, Barbara Musumeci; ILGENFRIT, Iara. **Prisioneiras: vida e violência atrás das grades**. Rio de Janeiro: Garamond. 2002
- THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002
- TORRES, Andrea Almeida. **Direitos humanos e sistema penitenciário brasileiro: desafio ético e político do serviço social**. Serviço Social e Sociedade. São Paulo. 2001
- VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.
- VIAFORE, Daniele. **A gravidez no cárcere Brasileiro: uma análise da Penitenciária Feminina Madre Pelletier**. Direito & Justiça. Rio Grande do Sul, v. 31. 2005
- VILLELA, Wilza. **Mulher e saúde mental – Da importância do conceito de gênero na abordagem da loucura feminina**. Tese de Doutorado. Mimeo. FMUSP. São Paulo. 1992
- WALEISKA, Fernandes. **População Carcerária Feminina**. Novembro de 2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80853-populacao-carceraria-feminina-aumentou-567-em-15-anos-no-brasil>>. Acesso em 20/05/2017

O CARÁTER AMPLIATIVO DOS CONCEITOS DE CONFLITO INTERNO ARMADO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Gustavo Martinez BORGES¹
Lucas Octávio Noya dos SANTOS²

RESUMO

Em um contexto crise diplomática entre Estados Unidos, Rússia e Coreia do Norte, bem como de crises internas como é o caso da Síria ou da Venezuela, mais do que necessária se faz a reflexão acerca das normas ampliativas de proteção aos civis em contexto de conflito armado. A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui arcabouço normativo e jurisprudencial para responder a questionamentos nevrálgicos oriundos dos contextos mais hostis que acometem os Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos. Porém, tal resposta segue o rumo ampliativo de direitos humanos em caso de legitimação de conflito armado, seja ele interno, internacional ou internacionalizado? A presente pesquisa se desenvolve na tentativa de solucionar tal questionamento tendo como regra de investigação o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento tipológico, estabelecendo três premissas básicas e uma conclusão à problemática proposta.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Humanitário. Uso da Força. Corte Interamericana.

ABSTRACT

In a context of diplomatic crisis between the United States, Russia and North Korea, as well as internal crises such as Syria or Venezuela, rather than the reform of an armed context communications system. The Inter-American Court of Human Rights has a normative and jurisprudential framework to respond to nerve wonders arising from the most hostile contexts that are accepted in the states that are signatories to the American Convention on Human Rights. But is it an internal, international or internationalized gift? The present research is developed in an attempt to solve this questioning, having as a research rule the method of deductive approach and the typological procedure method, recommending three basic premises and a conclusion to the problematic proposal.

KEY-WORDS: Humanitarian Law. Use of force. Interamerican Court.

1. INTRODUÇÃO

Por mais fascinante que se possa parecer quando vista por meio dos romances, dramas cinematográficos, ou mesmo pela sonoridade estrondosa das mais renomadas obras musicais — em especial a Abertura 1812 de Tchaikovsky — a guerra está longe de nos

1 Discente do 8º Termo de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: gustavomartinezborges@live.com

2 Mestrando em Ciências Jurídicas pela XIII Turma de Mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo. Estagiário Docente do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente - SP, na área de Gestão de Estágio da Graduação e Pós-graduação do Núcleo de Estágio e Emprego Toledo. Coordenador e Membro do Grupo de estudos preparatórios para a Competição de Julgamento Simulado do Sistema Interamericano de Direitos Humanos de Washington/DC - USA. Advogado.

brindar um contexto agradável. Representa, na verdade, a perda da capacidade de resolver conflitos de interesses internacionais — ou mesmo nacionais, como visto na presente pesquisa — que acaba por se desenrolar na literal sangria da humanidade.

Após o interstício da 2ª Guerra Mundial e os horrores proporcionados pelos campos de concentração que, *de per si*, representam a mais repugnante atitude atentatória contra os povos, eis que as nações dão cabo à iniciativa louvável — ainda que completa de falhas — de normatizar as situações de conflitos armados.

Em um contexto não muito distante, a Organização dos Estados Americanos e seus órgãos de proteção de direitos humanos, com especial foco na Corte Interamericana de Direitos Humanos, exercem papel medular na sinalização aos Estados-parte da Convenção Americana de Direitos Humanos de qual forma mais protetora de direitos humanos que deve ser aplicado, buscando sua efetivação e, inclusive, exercendo seu papel jurisdicional.

É notório que existiram e existem situações e fatos que beiram novo confronto, seja pela situação venezuelana, os confrontos na Síria, o Estado Islâmico, ou mesmo as ameaças contínuas advindas do conflito diplomático com a Coreia do Norte, porém, os conflitos armados são e devem ser repudiados a todo custo.

Em uma situação de análise do sistema interamericano, exsurge a problemática que moveu a presente pesquisa: o conteúdo ampliativo da aplicação das normas de direito humanitário no sistema interamericano de direitos humanos representam realmente um real avanço na proteção dos direitos positivados na Convenção Americana de Direitos Humanos?

Para a tentativa de solução do embate, o método de abordagem escolhido foi o método dedutivo, no qual se estabeleceram três premissas para uma conclusão ao final. Para cada uma das premissas, o método de procedimento balizador foi o tipológico a partir da análise de dois casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como o conteúdo doutrinário extraído da bibliografia, no qual — conforme ditam as regras do método tipológico — a partir da amostra, extrai-se os fragmentos para a construção de uma premissa verdadeira que consiste em um modelo ideal abstrato.

No primeiro capítulo, constou a primeira premissa estabelecida a partir da análise dos casos *Las Palmeras vs. Colômbia* e *Masacre de Santo Domingo vs. Colômbia*, analisando-se a aplicação ou não do Direito Internacional Humanitário.

Em seguida, a segunda premissa seguiu no sentido de estabelecer balizas para a aplicação do Direito Internacional Humanitário em conflitos armados, a partir da análise jurisprudencial.

O terceiro capítulo assentou-se na análise principiológica dos institutos de proteção

aplicados em conflitos armados e estabeleceu a última premissa quanto à ampliação dos institutos protetores dos não combatentes em conflitos armados.

Ao final, apresentou-se as conclusões da presente pesquisa valorando precipuamente as premissas estabelecidas e determinando o resultado apto a responder a problemática proposta pela investigação.

2. DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO E A CORTE INTERAMERICANA: O INÍCIO

O Direito Internacional Humanitário tal qual é conhecido possui diversas fontes, dentre as quais encontram-se os tratados internacionais mais importantes que simbolizam a convergência transnacional de proteção à humanidade, *e.g.*, as Convenções de Haia e as Convenções de Genebra, as quais, por si só, segundo parte da doutrina, já são suficientes para qualificar uma cabal cisão no estudo das normas do direito de guerra, que o converte em duas subdivisões denominadas Direito de Haia e Direito de Genebra.

Em uma sucinta análise, de modo que o estudo das fontes servirá apenas de conhecimento superficial a presente pesquisa, o Direito de Haia estuda as normas atinentes à proteção dos combatentes em conflitos armados, enquanto que o Direito de Genebra estuda as normas protetoras dos não combatentes e os ex-combatentes em conflitos armados (DEYRA, 2001, p. 20).

Hugo Grocio (1925, p. 80-81) apresenta um estudo filosófico a partir do conceito de guerra, atribuindo o direito ao uso da força à chamada “guerra justa”. Leciona o filósofo:

Y, que por el derecho de gentes voluntario tampoco se condenan las guerras, nos lo enseñan suficientemente las historias y las leyes y costumbres de todos los pueblos. Antes bien dijo el código de Hermógenes, que las guerras fueron introducidas por el derecho de gentes; lo cual creo deberse entender de manera algún tanto diferente de como lo toma el vulgo; a saber, que el derecho de gentes ha introducido una forma en las guerras; y las que sigan esa norma conseguirán con ella los efectos especiales por el derecho de gentes.

Não como deixar de mencionar que alguns estudiosos do uso da força no direito internacional atribuem ao período da “guerra justa” a origem do direito humanitário, conforme leciona Randall Lesaffer (2015, p. 125-139). Malcom Shaw (2008, p. 1119) também segue a linha de Lesaffer, porém, ambos especificam que as normas tais quais a conhecemos, e até mesmo como um recorte drástico do direito internacional humanitário, são atribuídas ao período do positivismo, é bom que se diga, no qual está calcado toda a normatização dos tratados internacionais regulamentadores dos conflitos armados.

O entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante Corte

IDH, com relação à aplicação do direito internacional humanitário, e até mesmo como imperativo normativo convencional disposto no artigo 29 do Pacto de San José da Costa Rica, mantém-se em constante evolução. Ao longo de suas sentenças o órgão jurisdicional paulatinamente evoluiu a forma de utilizar as Convenções de Genebra, notadamente após o caso “*Massacre de Santos Domingos vs. Colômbia*”, no ano de 2012.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, CIDH, cuja participação nessa evolução se evidenciou relevantíssima, desde o primeiro caso já fornecia subsídios para aplicação das Convenções de Genebra como forma autêntica de interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, doravante CADH.

Quando o assunto é conflito interno armado há vários casos que podemos citar, como: “*Bámaca Velásquez vs. Guatemala*”, “*Las Palmeras vs. Colômbia*”, “*La Cruz Glores vs. Peru*”, “*Massacre de Mapiripán vs. Colômbia*”, “*Vargas Areco vs. Paraguai*”, “*Massacre de Ituango vs. Colômbia*”, “*Almonacid Arellano et al. vs. Chile*”, “*Massacre de Las Dos Erres*”, “*Gelman vs. Uruguai*”, “*Contreras et al. vs. El Salvador*”, “*Massacre de El Mozote vs. Salvador*”, “*Massacre de Santo Domingo vs. Colombia*”, “*Operação Genesis vs. Colômbia*” e “*Osorio Rivera vs. Peru*”.

Não é pretensão da pesquisa a esgotar o conteúdo das sentenças citadas acima, mas, dentro da perspectiva objetiva da modalidade deste trabalho acadêmico analisar a guinada na interpretação da Corte IDH com enfoque especial para dois casos, “*Las Palmeras vs. Colômbia*” e “*Masacre de Santo Domingo vs. Colômbia*”, vez que tais julgados conseguem de maneira clara e didática explicar como e o porquê da Corte IDH ter mudado seu entendimento.

No primeiro, e agora passando brevemente a analisar o contexto fático no qual se insere a decisão da Corte IDH, houve a utilização de helicópteros para atirar contra crianças, detenção de professores e outros “rebeldes” que, ao final, foram mortos pela Força Policial Nacional. (*Las Palmeras v. Colombia, 2000, p. 2*).

Em sua defesa, a República da Colômbia alegou como exceção preliminar a incompetência da Corte IDH *ratione materiae* para a condenar por violação à outro tratado se não a CADH. Em manifestações preliminares, a CIDH se posicionou no sentido de entender pela competência do órgão jurisdicional interamericano fundando-se, principalmente nos seguintes argumentos: (a) tanto as normas presentes na CADH quanto aquelas prescritas pelo direito costumeiro internacional, notadamente o artigo 3 comuns às convenções de Genebra de 1949 devem ser aplicadas em caso de conflito interno armado. (b) ainda, a existência de um conflito interno armado não exime a Colômbia de assegurar o direito à vida, pontuou que

há no Direito Internacional Humanitário previsões de uso legítimo da força e, de outro modo, o uso ilegítimo da força, na primeira hipótese o inimigo pode ser morto legitimamente sem que isso enseje em um ilícito internacional, entretanto, a CADH não estabelece essa distinção, sendo necessário aplicar uma *lex specialis*³ sendo essa, as Convenções de Genebra de 1949. (*Las Palmeras v. Colombia, 2000, p. 8*).

Após toda a processualística perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante CIDH, emitiu-se Relatório nº 10/98, o qual concluiu pela violação do artigo 4º da CADH — direito a vida — e pela violação ao artigo 3º comum às Convenções de Genebra de 1949.

A República da Colômbia, por sua vez, apresentou as seguintes teses: (a) em primeiro momento apontou o princípio do consentimento como sendo um dos pilares do direito internacional, de maneira que sem o consentimento do Estado de se submeter à jurisdição de determinada Corte ou de aceitar cumprir as normativas de determinado tratado, não há como responsabilizar um estado. E foi o que aconteceu no caso em testilha. (b) Ainda, estabelecendo uma distinção entre “aplicação” e “interpretação”, a corte pode interpretar a CADH e outros tratados internacionais, entretanto, somente pode aplicar a CADH. (*Las Palmeras v. Colômbia, 2000, p. 9*)

No entendimento da Comissão, contudo, tratar-se-ia de uma falsa premissa aquela que sustenta a prevalência de uma interpretação isolada da CADH e sem um diálogo com outros tratados internacionais. No mais, ainda no entendimento da Comissão, existe uma relação bem específica entre o artigo 4º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e o artigo 3 comuns às convenções de Genebra de 1949. (*Las Palmeras v. Colômbia, 2000, p.10*). Por fim a comissão sustentou que não se trata de uma discussão quanto a competência da Corte IDH, mas sim uma discussão relacionada ao mérito.

Em que pese o entendimento da Comissão, a Corte IDH aceitou a exceção preliminar apresentada pelo Estado colombiano, assentando que o artigo 62, parágrafo terceiro é claro ao dizer que a Corte IDH tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação da CADH, desde que os Estados-parte tenham reconhecido sua

3 O termo foi utilizado pela Corte Internacional de Justiça quando emitiu o parecer da opinião consultiva “The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons” em 1996, na ocasião a Corte Internacional de Justiça disse “In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities” traduzindo para o vernáculo “Em princípio o direito de não ser privado arbitrariamente de sua vida também se aplica em hostilidades. O teste do que é uma privação arbitrária da vida, no entanto, acaba sendo determinada por um *lex specialis*, sendo esta a lei aplicável em um conflito armado a qual é designada para regular a conduta das hostilidades” (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 240)

competência para tanto. A partir deste reconhecimento, a Corte IDH pode verificar se a norma aplicada por um Estado-parte ao caso concreto é compatível com a CADH ou não, não havendo limitações quanto a isso.

Ao realizar esse exame de compatibilidade, a Corte IDH se pronunciará tão somente se há compatibilidade com a Convenção ou não. Desta forma, decidiram admitir a exceção preliminar apresentada pelo Estado da Colômbia (*Las Palmeras v. Colômbia*, 2000, p. 10).

Em termos de aprofundamento da Convenção quanto ao Direito Humanitário, com a máxima *venia*, a Corte IDH poderia ter alcançado mais proveitoso quando aceitou tal exceção preliminar, tendo em vista a clareza da manifestação da CIDH segundo a qual não se pretendia fazer com que o Corte IDH reconhecesse violações da Convenção com base no direito de Genebra, mas sim, utilizar do artigo 3º comum às Convenções de Genebra para utilizar como parâmetro interpretativo do que seria “privação arbitrária da vida”, vedação esta que também encontra-se prescrita no artigo 4º da CADH. Trata-se, na linha do que dispôs a Comissão anteriormente, de uma questão que está na seara da interpretação e não aplicação, conforme fez crer o Estado colombiano.

Sem esboçar qualquer novidade neste aspecto, a decisão da Corte IDH foi de encontro ao entendimento de Antônio Augusto Cançado Trindade, cuja decisão apartada observou algumas semelhanças entre o que consta da disposição do artigo 1.1 da CADH, o artigo 1º das Convenções de Genebra e o artigo 1º do Protocolo I de 1977, adicional ⁴ às Convenções de Genebra de 1949. Os três dispositivos expressamente abordam o dever do estado de respeitar, e fazer respeitar, as normas de proteção em todas as circunstâncias. A utilização conjunta desses instrumentos internacionais é capaz de consolidar as obrigações *erga omnes* de proteção do direito à vida em qualquer circunstância, seja em um contexto de conflito interno armado ou em tempos de paz (TRINDADE, 2000, p.3).

Em outra oportunidade, tal entendimento foi superado pelo *leading case* que teve como suporte fático novas violações de direitos humanos que ocorreram na Colômbia, mais precisamente, na província de Santo Domingo. No massacre, foram fatalmente vitimadas dezessete pessoas, dentre as quais seis eram crianças, vinte e sete indivíduos restaram feridos, incluindo dez crianças. Sumariamente, analisando o contexto fático, as mortes ocorreram após um bombardeio realizado por helicópteros da Força Nacional, utilizando-se de uma bomba cluster AM-N1A2, a qual se fragmenta após a sua detonação. Ainda, houve ataque direto aos

4 Importa ressaltar que o Protocolo I de 1977, adicional às Convenções de Genebra de 1949, versa sobre conflito armado internacional, ou seja, há conflitos que envolvam dois ou mais altas partes contratadas ou em casos de libertação nacional e não é aplicado para casos em que há conflito interno armado como ocorreu em *Las Palmeras vs. Colombia*.

civis através de metralhadoras acopladas nos helicópteros. (*Massacre of Santo Domingo v. Colômbia*, 2012, p. 21-35).

Assim como procedeu no Caso *Las Palmeras* a República da Colômbia também apresentou uma exceção preliminar de incompetência em razão da matéria de modo que, no entendimento dos defensores do Estado colombiano, as violações e responsabilidades oriundas do conflito interno armado, não podem ser determinadas pela Corte IDH, isto porque referido órgão jurisdicional interamericano não tem competência para tanto. A aplicação do direito internacional humanitário não estaria, portanto, dentro de seu quadro de competências. (*Massacre of Santo Domingo v. Colômbia*, 2012, p. 8).

Basicamente, o Estado da Colômbia pretendeu afastar totalmente a competência da Corte IDH, não só afirmando que o órgão jurisdicional não pode aplicar o direito internacional humanitário, mas também que não existe competência daquele órgão para responsabilizar um estado em caso de um contexto de conflito interno armado (*Massacre of Santo Domingo v. Colômbia*, 2012, p. 8).

Na oportunidade, a Comissão apresentou, dentre vários, argumentos no sentido de que existe total competência da Corte IDH em conhecer e aplicar a CADH em consonância com o Direito de Genebra, mesmo em casos de conflitos interno armado, pois a Convenção Americana de Direitos Humanos não estabelece distinção entre tempo de paz e tempo de guerra. Este raciocínio, inclusive, é corroborado pela artigo 27 o qual estabelece que a Corte IDH tem competência para conhecer situações de emergência. Ainda, pontuou que quanto ao pedido subsidiário, em seu relatório de mérito, não teceu nenhuma condenação com base no Direito Internacional Humanitário, e sim violações de direitos humanos com sustentáculo na CADH. (*Massacre of Santo Domingo v. Colômbia*, 2012, p. 8)

A Corte IDH ao analisar a exceção preliminar, julgou que a CADH apenas a empoderou para determinar a compatibilidade de atos e omissões ou leis com o instrumento base do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e não com relação às provisões de outros tratados ou direito costumeiro, de modo que, ao fazer esta análise, a Corte IDH poderia sim interpretar as obrigações e direito presentes na CADH à luz de outros tratados. Em outros termos, portanto, a Corte IDH pode observar as normativas do Direito Internacional Humanitário como uma lei específica nesta área, para que assim seja possível uma aplicação precisa e justa da própria Convenção Americana de Direitos Humanos (*Massacre of Santo Domingo v. Colômbia*, 2012, p.10).

Após rechaçar a exceção preliminar apresentada pelo Estado da Colômbia, a Corte IDH criou um precedente no sentido de admitir, sem mais dúvidas ou ressalvas, a utilização

do Direito Internacional Humanitário como elemento de interpretação para a averiguação se há uma violação à CADH quando há um contexto de conflito interno armado, funcionando como uma *lex specialis* nestas circunstâncias.

A consequência disso foi que, a partir de então, a Corte IDH pôde utilizar amplamente do direito de guerra para estabelecer os princípios legitimadores do uso da força. Conforme foi dito anteriormente, é possível matar o inimigo deste que este ultraje ao direito à vida ocorra em decorrência de um conflito interno armado e obedeça ao princípio da proporcionalidade, distinção e da precaução.

O instituto já foi desenvolvido anteriormente por outras cortes internacionais, entretanto, somente após o caso *Massacre of Santo Domingo v. Colômbia* a Corte IDH importou esse instituto e implantou em nosso sistema regional de proteção aos direitos humanos.

Eis que a partir da análise da jurisprudência da Corte IDH, a primeira premissa estabelecida é de que os casos de direito humanitário podem ser analisados perante referido tribunal jurisdicionado interamericano, desde que hajam sido configurados os elementos de um conflito armado. Desta feita, é necessário evoluir para a segunda premissa na qual serão abordados os elementos mencionados.

3. DA DEFINIÇÃO DO CONFLITO ARMADO

Como foi dito anteriormente, a Corte IDH já se manifestou por várias vezes sobre conflitos internos armados, no entanto, o que é um conflito interno armado? É de suma importância, em primeiro momento, identificar se existe um conflito desta modalidade e, posteriormente, averiguar se a violação se deu dentro de um contexto abrangido pelo conflito interno armado. Antes, porém, de entramos no cerne da questão sobre qual o limite para o uso da força ser considerado legítimo pela Corte IDH, é justo que dediquemos uma breve parte da pesquisa para trabalhar o que a doutrina mais balizada entende por conflito interno armado.

Muito embora as Convenções de Genebra sejam bem claras quanto às limitações durante um conflito internacional ou não, não há definição no tocante à quando haverá a existência deste contexto. Algumas vezes tal conceito é traçado pelos instrumentos internacionais de forma negativa, ou seja, todo conflito interno armado não é um conflito internacional salvo algumas hipóteses, como as guerras de libertação nacional⁵, as quais após

5 O artigo 1º do Protocolo I de 1977, adicional às Convenções Genebra de 1949, tem como dicção: “*provides that armed conflicts in which peoples are fighting against colonial domination, alien occupation or racist regimes are to be considered international conflicts*” (grifo nosso). São essas as três hipóteses de guerra nacional de libertação.

o Protocolo I de 1977, adicional às Convenções de Genebra de 1949, foram classificadas como possuidoras de um carácter internacionalizado.

Da leitura do referido dispositivo normativo internacional extrai-se que haverá conflito internacional sempre que existir uma guerra declarada ou outro conflito armado que ocorre entre duas ou mais altas partes contratantes. No entanto, haverá casos em que o conflito se dá entre o Estado e um grupo armado não governamental, situação que pode contar com a participação posterior de terceiro Estado-parte que entra no conflito, ocorrendo, desta forma, uma internacionalização do conflito.

A internacionalização também ocorrerá quando terceiro Estado apenas oferece suporte ao grupo confrontante e guias as condutas à distância. Neste caso é necessário estabelecer o nível de controle exercido pelo estado. Situação parecida ocorreu no caso *Tadic v. Prosecutor* no qual o Tribunal Internacinal Penal da antiga Iugoslávia, em primeira mão, tratou do tema.

Segundo o entendimento do Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia, o requerimento não precisa ir muito longe, territorialmente falando, para abranger ordens diretas do terceiro-Estado, isto é, não é necessário que haja um *effective control*, mas sim um *overall control*. Haverá, portanto, a presença desta modalidade de controle quando há a participação do terceiro estado no sentido de organizar, coordenar ou planejar as ações militares do grupo armado. Ainda, é necessário que o terceiro Estado aja no intento de financiar, treinar e equipar ou providenciar suporte operacional (*Tadic v. Prosecutor*, 1999, p.59).

Nestes casos descritos em que há um conflito direto entre dois ou mais Estados ou quando um terceiro estado interfere com tropas ou exercendo *overall control* sobre o grupo em um conflito interno armado haverá a incidência do artigo 2º comum às Convenções de Genebra e Protocolo I de 1977, diferentemente do que ocorre nos casos descritos no artigo 3º comum e no artigo 1º do Protocolo Adicional II de 1977.

O artigo 3º é aplicado nos casos de conflito de carácter não internacional que ocorre no território de uma das altas partes contratantes. Sylvain Vité observa que trata-se de uma expressão negativa que se refere ao 2º artigo comum, isto é, *prima facie*, é um conceito por exclusão. (2009, p. 75).

A jurisprudência estabeleceu dois critérios para um teste de existência de um conflito interno armado, o primeiro é a intensidade da violência empregada e a organização das partes que estão no conflito. (*Tadic v. Prosecutor*, 1997, p. 193). Não há como estabelecer um critério objetivo para definir com exatidão o alcance de cada uma dessas duas premissas, devendo ser realizada uma análise casuística.

No tocante ao primeiro critério podemos usar como base a duração de conflito, a frequência com que ocorre atos de violência e operações militares, a natureza dos armamentos utilizados, o deslocamento de civis, o controle territorial exercido e o número de vítimas, sejam elas mortas, feridas, deslocadas e etc (VITÉ, 2009, p. 76).

Já com relação ao segundo critério, os elementos indicativos que devem ser levados em conta são, por exemplo, a existência de estrutura que é composta por uma hierarquia entre seus membros, a autoridade de iniciar operações com outras unidades, a habilidade de recrutar e treinar novos combatentes ou a existência de normativas internas. (*Prosecutor v. Boskoski*, 2008, p.90). Após a análise do caso concreto e verificado a presença desses dois requisitos temos a incidência do artigo 3º comum às Convenções de Genebra, como muito bem aponta Sylvain Vité (2009, p. 78).

Entretanto, o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia não entende desta forma, de modo que, ao avaliar a questão no caso *Limaj v. Prosecutor*, apontou que o propósito das formas armadas engajadas nos atos de violência é irrelevante (2005, p.62). Destarte, para a aplicação do artigo 3º comum basta tão somente os dois requisitos citados acima.

Sabemos que o artigo 3º comum às Convenções de Genebra não é o único que regula esta situação de conflito, a partir de 1977, quando foi editado os protocolos adicionais surgiu no ordenamento jurídico internacional outra normativa que trata do assunto, o Segundo Protocolo Adicional às convenções de Genebra restringiu o conceito de conflito interno armado. A partir de então, para que houvesse a incidência dessa tratativa seria necessários dois requisitos suplementares, tais quais, ocupação territorial do grupo insurgente e que o conflito ocorra no território do estado.

É um campo mais restrito, portanto não será incomum encontrar a expressão “conflito armado internacional clássico” como sendo àquele prescrito pelo artigo 3º comum às Convenções de Genebra de 1949.

Aqui, portanto, vemos a segunda premissa estabelecida no sentido de que para a configuração de conflito armado é necessário o preenchimento dos critérios estabelecidos no artigo 2º do Protocolo Adicional I de 1977 ou, no caso de conflito armado interno ou internacionalizado, os critérios do artigo 3º comum, classificando-se, em ambos os casos, de modo negativo.

4. DO USO LEGÍTIMO DA FORÇA

Após a análise do *overruling* realizado pela Corte IDH com relação à exceção

preliminar *ratione materiae* e a definição do que é um conflito armado internacional e não internacional, passaremos ao que o órgão jurisdicional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos entende por uso legítimo da força. Quando podemos matar, mutilar, destruir patrimônios históricos e culturais entre outras construções sem que isso caracterize um ilícito internacional?

Os princípios que norteiam o assunto foram tratados de forma pormenorizada no caso *Massacre of Santo Domingo v. Colômbia*, são basicamente três: proporcionalidade, distinção e precaução.

De acordo com o princípio da distinção, as partes em um conflito armado devem em todo o tempo realizar distinção entre civis e objetos civis de um lado e combatentes e objetivos militares de outro. No mais, devem realizar um ataque direto a estes últimos. Logicamente, um ataque direcionado à civis ou às propriedades de civis que não estejam sendo usadas como objetivos militares caracteriza *in re ipsa* um ilícito internacional.

No caso *Massacre of Santo Domingo* que estamos usando como objeto de estudo, a Corte IDH concluiu que, em um contexto de conflito armado entre a força nacional da Colômbia e guerrilha FARC, houve um lançamento de um míssil cluster AN-M1A2 no povoado de Santo Domingos (2012, p.63).

Deixando claro que em nada se confunde com o princípio da proporcionalidade como ponderador de conflitos de demais princípios, a proporcionalidade se encontra definido na norma 14 de Direito Internacional Costumeiro, ao qual é atribuída interpretação de que é proibido lançar um ataque que pode esperar causar ofensa à vidas de civis ou lesões corporais, danos aos objetos e construções de civis ou um dano à todos eles o que se tornaria excessivo o uso da força nestas situações. Preferimos dizer que a proporcionalidade apregoa que o uso da força deve ser limitado a almejar a vantagem militar justificadora do ataque.

Um ponto importante estabelecido pela Corte IDH é que não havia como analisar o lançamento do míssil com fulcro no princípio da proporcionalidade, vez que, segundo o órgão internacional, a análise das mortes e lesões corporais somente podem ser consideradas como resultado excessivo em relação a vantagem militar esperada, e não com relação ao que realmente aconteceu. (*Massacre of Santo Domingo*, 2012, p. 64).

Significa dizer que, a verificação se o ataque foi proporcional, isto é, se o resultado não foi excessivo é com relação ao resultado esperado antes do ataque ao objetivo militar, e não com relação ao resultado que se deu no caso concreto.

Por fim, quanto ao princípio da precaução, de acordo com a norma número quinze do direito humanitário consuetudinário, durante as ações militares realizadas, deve ser constante

o cuidado tomado para evitar danos aos civis e objetos de civis, caso seja impossível evitar, ao menos deve ser minimizado um incidente que possa ocasionar a perda de uma vida de um civil ou outras lesões. Ainda, a norma dezessete estipula que cada parte do conflito deve tomar todas as precauções na escolha de meios e métodos de combater o inimigo para evitar maiores danos.

A inobservância de tal preceito pela República da Colômbia é latente na medida em que, ao escolher o armamento, optou por uma bomba construída por volta do ano de 1940, que não é um objeto preciso e é operado manualmente através de uma corda que é puxada quando o piloto dá a ordem para tanto. No mais, importante lembrar que o mecanismo é composto de outras seis bombas que se separam do cluster quando o dispositivo é lançado, de maneira que pode haver uma distância de vários metros entre os locais onde os componentes do cluster podem cair. Por exemplo, quando realizaram testes com estas bombas, foram estabelecido uma margem de 250 metros como zona segura para observação. (*Massacre of Santo Domingo*, 2012, p. 64).

Não obstante, o próprio manual de utilização deste armamento é claro em especificar que por ser uma arma de baixa precisão, não pode ser usada próxima a vilas ou áreas onde civis habitam ou frequentam. (2012, p. 65).

Ao final, em uma tentativa de síntese, a Corte IDH observou que:

Consequently, based on all the above, the Court notes that: (i) the AN-M1A2 device used is a weapon with limited precision; (ii) the launch instruction was imprecise, having designated a launch area that could refer to an objective that it is unclear whether it was defined, because it could range from 70 meters from Santo Domingo to 500 meters further to the north; (iii) manuals and regulations were in force at the time of the events indicating that weapons such as the one used could not be used in populated areas or near villages with civilian population; (iv) the circumstances surround the events reveal that errors had already been committed with more precise weapons than the cluster bomb some minutes before 10.02 a.m.; (v) doubts existed about the need to use this type of weapon in the confrontations that took place on December 13, 1998, and (vi) a few seconds before the launch, one of the Skymaster pilots suggested the need to introduce some order among the aircraft, which denoted that there was a certain confusion in the airborne operation at that precise moment. (2012, p.67)

Desta forma, a Corte IDH entendeu que a República da Colômbia violou o artigo 4º da CADH vez que não tomou os devidos cuidados no tocante ao princípio da precaução. Da mesma forma também entendeu pela violação à integridade pessoal (artigo 5º da CADH) com relação àqueles que restaram somente feridos.

E aqui, por fim, temos a última premissa que se estabelece no sentido de que, advindos de sua própria essência, os princípios regentes do uso da força são analisados de maneira que se restrinja a livre escolha do armamento utilizado em conflitos armados

internos, internacionais ou internacionalizados, pressupondo sempre a proteção dos não combatentes.

CONCLUSÃO

A guerra existe entre os seres humanos desde tempos imemoriais, não há como controlar a eclosão da guerra, é inerente ao homem guerrear por seus anseios. Felizmente a interferência internacional consegue, muitas vezes, apaziguar os ânimos e evitar um conflito armado entre estados membros ou conflitos regionais.

Em que pese a impossibilidade do controle da eclosão do conflito, a ideia não é a mesma com relação aos efeitos do conflito. E é justamente nesse ponto que o Direito Internacional Humanitário se presta, tornar um conflito o mais “humano” possível. Institutos como o uso legítimo da força, legalidade das detenções de combatentes e civis e normas para a prevenção de ataque à patrimônio históricos e culturais fazem parte desse ordenamento internacional.

Não há dúvidas que a Corte IDH agiu de maneira correta ao reconhecer o Direito Internacional Humanitário como *lex specialis* para ser aplicada em casos de conflito interno armado, percebam que o intuito não é aplicar o Direito Internacional Humanitário ensejando uma condenação com base nos instrumentos internacionais deste ordenamento, mas sim, interpretar a CADH à luz dos princípios e normativas oriundas das Convenções de Genebra e seus derivados.

É mister não olvidar a pujante participação da CIDH nesta guinada jurisprudencial, que desde o caso *Las Palmeras v. Colômbia* já sustentava esse entendimento que agora restou consolidado na Corte IDH, notadamente, após o caso *Sanchez Cruz v. Perú* julgado em 2014.

As normas de proteção dos direitos humanos, segundo a própria normativa da Convenção Americana de Direitos Humanos, devem ser interpretadas sempre de modo ampliativo e evolutiva. Neste aspecto, se: (i) a primeira premissa seguiu no sentido de que a introdução das normas de Direito Humanitário, tanto para interpretação quanto para aplicação, se deram para aprofundar a pertinência das normas contidas na CADH; (ii) a segunda premissa assentou que, preenchidos os requisitos básicos, a configuração dos conflitos armados — internos, internacionais ou internacionalizados — se dá de forma negativa, portanto, de forma ampliativa; (iii) a terceira premissa estabeleceu que aos conflitos armados — internos, internacionais ou internacionalizados — devidamente configurados são atribuídas proteções maiores aos não combatentes, em muito especial os grupos vulneráveis. Ora, temos que a introdução de normas de direito humanitário ao Sistema Interamericano de Direitos

Humanos ampliou a proteção de tais direitos em estrito cumprimento ao que dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ainda que tais normas de proteção são aplicadas em um direito pós fato, é possível vislumbrar que há um resquício de proteção aos direitos mais basilares a todo ser humano em situações de guerra. A reflexão que, embora silenciosa, estronda os nossos tímpanos a cada nova tragédia proporcionada pela inconstante atitude de agentes estatais despreocupados com a vida humana é: Será que um dia teremos capacidade de conviver em paz?

REFERÊNCIAS

CIJ. **Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons**. Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>> Acesso em 27 jun 2017.

Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf> Acesso em 29 jun 2017.

Corte IDH. **Case of Las Palmeras v. Colombia**. Preliminary objections. Sentença de 4 de fevereiro de 2000. Series C No. 67. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_67_ing.pdf> Acesso em 27 jun 2017.

DEYRA, Michel. **Direito Internacional Humanitário**. Lisboa: Procuradoria Geral da República de Portugal, 2001.

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), **Prosecutor v. Tadic**, Case No. IT 94-1-A, Judgment (Appeals Chamber), 15 July 1999. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>> Acesso em 29 jun 2017.

ICTY, Prosecutor v. Tadic, Case No. IT-94-1-T, Judgment (Trial Chamber), 7 May 1997. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>> Acesso em 29 jun 2017.

ICTY, Prosecutor v. Boskoski, Case No. IT-04-82, Judgment (Trial Chamber), 10 July 2008. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/boskoski_tarculovski/tjug/en/080710.pdf> Acesso em 29 jun 2017.

LESAFFER, Randall. **Too Much History**: from war as sanction to the sanctioning of war. In: WELLER, Marc. *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, 2015.

Prosecutor v. Limaj, Case No. IT-03-66-T, Judgment (Trial Chamber), 30 November 2005. Disponível em: < <http://www.icty.org/x/cases/limaj/tjug/en/lim-tj051130-e.pdf>> Acesso em 29 jun 2017.

SHAW, Malcolm. **International Law**, 6 ed., New York: Cambridge University Press, 2008.

VITÉ, Sylvain. **Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations**, International Review of the Red Cross. Ginebra, vol. 91 núm. 873, marzo de 2009. Disponível em: <<https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc-873-vite.pdf>> Acesso em 29 jun 2017.

TRINDADE, Antônio A. Cançado. **Separate Opinion**. Case of Las Palmeras v. Colombia. Preliminary objections. Sentença de 4 de fevereiro de 2000. Series C No. 67. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_67_ing.doc> Acesso em 28 jun 2017.

O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E A POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Franciele Cristiane Meira FIOR¹
Fernanda de Matos Lima MADRID²

RESUMO

O presente trabalho aborda uma reflexão acerca da possibilidade da aplicação do princípio da coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. A desigualdade social é característica notável na sociedade brasileira, sendo que direitos básicos como educação, saúde, alimentação, moradia entre outros não são garantidos de forma isonômica a todos os cidadãos. Diante a situação fática, não há como esperar que indivíduos inseridos em realidades sociais tão distintas tenham o mesmo comportamento e hajam em consonância com as normas vigentes. A não garantia de direitos mínimos fere a dignidade da pessoa humana e contraria a Constituição Federal de 1.988 no que tange aos direitos fundamentais, fomentando no indivíduo uma capacidade deficiente de autodeterminação. Por essa perspectiva, o princípio da coculpabilidade visa corresponsabilizar o Estado frente o indivíduo que sofrendo privações de meios imprescindíveis para inserir-se socialmente acaba por delinquir. A temática em questão foi estudada através de pesquisa bibliográfica e o método utilizado foi o dedutivo, posto que partiu-se da análise da aplicação do princípio da coculpabilidade em ordenamentos estrangeiros para posteriormente verificar a viabilidade de sua efetivação no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Culpabilidade. Princípio da Coculpabilidade. Coculpabilidade no Ordenamento. Atenuante Inonimada. Ineficácia do Sistema Carcerário.

ABSTRACT

The present work deals with a reflection about the possibility of applying the principle of coculpability in the Brazilian legal system. Social inequality is a notable characteristic in Brazilian society, and basic rights such as education, health, food, housing, among others, are not guaranteed in an isonomic way to all citizens. Faced with the factual situation, there is no way to expect that individuals inserted in such different social realities have the same behavior and are in accordance with the current norms. The non-guarantee of minimum rights violates the dignity of the human person and is contrary to the Federal Constitution of 1988 with respect to fundamental rights, fostering in the individual a deficient capacity for self-determination. From this perspective, the principle of coculpabilidad aims to co-responsibility the State against the individual who suffering deprivations of means indispensable to insert socially ends up committing a crime. The thematic in question was studied through a bibliographical research and the method used was the deductive method, since it was based on the analysis of the application of the coculpability principle in foreign jurisdictions to later verify the viability of its effectiveness in Brazil.

1 Graduada em Pedagogia pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP de Presidente Prudente, Pós-Graduada “Lato-Sensu” em Educação Infantil e Anos Iniciais do Ensino Fundamental pela Unicesumar, Professora do Ensino Fundamental na rede municipal de Presidente Prudente e Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail franciele-fior@hotmail.com.

2 Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Professora de Direito Penal “Centro Universitário Toledo” de Presidente Prudente. Advogada criminalista.

KEY-WORDS: Guilt. Principle of Cculpability. Cculpabilidad in the Ordering. Intenent attenuator. Ineffectiveness of the Prison System.

1 INTRODUÇÃO

Diante do conceito analítico/jurídico de crime, algumas teorias surgem para definir sua concepção, sendo elas a bipartite, tripartite e quadripartite. Para dar seguimento ao trabalho abordaremos a teoria tripartite, cujo crime é todo fato típico, ilícito e culpável.

O descumprimento de determinada norma gera o *jus puniend* e, por consequência, uma sanção, mas para que esta se consolide, faz-se necessário que o autor de fato típico e ilícito seja também culpado, visto que existem excludentes de culpabilidade.

A culpabilidade engloba a imputabilidade que consiste na capacidade de autodeterminação do indivíduo, a potencial consciência da ilicitude que é a possibilidade da pessoa saber que sua conduta é antijurídica e a exigibilidade de conduta diversa que verifica se no momento da conduta era possível exigir que o agente tivesse comportamento diverso.

O objetivo deste trabalho consiste em analisar a culpabilidade como um dos elementos do crime conforme teoria tripartite e refletir sobre a ineficácia das penitenciárias brasileiras quanto a ressocialização do preso face a possibilidade de aplicação do princípio da cculpabilidade como forma de atenuação de pena.

O presente trabalho será realizado por meio de pesquisa bibliográfica e o método utilizado será o dedutivo posto que primeiro se analisa o princípio da cculpabilidade na legislação de alguns países estrangeiros para depois verificar a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto é necessário refletir os motivos que justificam a corresponsabilização do Estado frente o indivíduo vulnerável que delinuiu.

Em um primeiro momento, o princípio da cculpabilidade é contextualizado historicamente e definido através da teoria tripartite do crime. Em seguida, realiza-se uma abordagem da aplicação do referido princípio em legislações estrangeiras.

Em um terceiro momento, a questão da ineficácia carcerária é levantada de forma a demonstrar que a ressocialização não ocorre e que a aplicação do princípio da cculpabilidade evitaria a procrastinação do lapso temporal do agente nos cárceres, visto o caráter criminógeno desse ambiente.

Na sequência, foram analisadas jurisprudências que consideraram o princípio como forma de atenuante inominada, proporcionando uma reflexão acerca da viabilidade de sua aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

A temática abordada é de grande relevância visto que o Estado detém o poder e dever

de garantir direitos básicos para toda pessoa viver com dignidade. Ao inadimplir com este dever é relevante pensar sobre a aplicação do princípio da coculpabilidade para minorar a pena do indivíduo, uma vez que vários outros princípios fundamentais foram lesados. O amadurecimento e discussão deste tema são pertinentes para que os operadores do direito deixem de ter resistência em aplicá-lo devido não estar expressamente previsto na legislação.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DA TEORIA DA COCULPABILIDADE

Todo Estado democrático de direito deve elaborar suas normas de forma a corresponder a sua realidade, evitando a ocorrência desenfreada de crimes e, quando da prática destes, que a sanção seja congruente. A teoria da coculpabilidade pode ser compreendida como um desses meios para a aplicação mais adequada da pena.

O objetivo desta teoria é proporcionar uma melhor aplicação do Direito Penal Punitivo ao responsabilizar o Estado por não ter garantido direitos fundamentais ao indivíduo, deixando este a mercê de uma sociedade assolada pela desigualdade social.

Historicamente, este princípio possui relação direta com a Revolução Francesa de 1789, movimento da burguesia que lutava pela igualdade de todos perante a lei através dos ideais iluministas. Porém, a tão esperada liberdade acabou por gerar economias que contribuíram para a formação de monopólios e oligopólios. Contudo, esta autonomia acabou gerando mais desempregos e segregação o que ensejou vários problemas sociais.

Conforme Paulo Bonavides (2001, p. 516):

[...] em rigor o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.

Um dos grandes idealistas deste Direito Penal Socialista foi o médico francês Jean Paul Marat (1743-1793) que mesmo não sendo jurista, em 1799 desenvolveu um plano de legislação criminal para apresentar em um concurso, porém este não foi escolhido pelos jurados. Neste plano, Marat realiza uma crítica socialista de que os homens se aproximaram na sociedade para garantirem seus direitos. Todavia, esta igualdade foi desfeita devido o surgimento da violência mútua. Desde então a questão da desigualdade fez com que a riqueza se concentrasse nas mãos de poucos enquanto a maioria das pessoas se mantinham com o mínimo e, portanto, não tinham obrigação de cumprir as leis (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2011, p. 238).

Mediante a concepção de Marat é possível compreender que os indivíduos que são segregados, isto é, não possuem condições alguma de inserir-se no âmbito social, estão mais

propensos a agir em desconformidade com a lei devido terem a capacidade de autodeterminação menor.

No contexto atual, busca-se interpretar o princípio da coculpabilidade diante a constitucionalização do direito verificando se este possui um liame com os dispositivos constitucionais. Diante um Estado democrático de direito faz-se imprescindível que os direitos fundamentais sejam garantidos a todos cidadãos de forma igualitária, proporcionando a estes condições de terem uma vida digna. Porém, ao visualizar o cenário brasileiro é truísmo constatar que os direitos fundamentais como educação, saúde, cultura, moradia, alimentação entre outros não são garantidos a todos e que muitos são marginalizados e excluídos devido à situação sócio-econômica que detém. (GUIMARÃES, 2010, p. 35).

Conforme a exposição, a coculpabilidade compreende a responsabilidade do Estado devido seu absenteísmo frente à concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seu artigo 6º.

3 CULPABILIDADE SEGUNDO A TEORIA TRIPARTITE DO CRIME

Conforme teoria tripartite do crime, a culpabilidade consiste em seu terceiro elemento, sendo a reprovação do autor de fato típico e antijurídico. A culpabilidade engloba a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Quando presentes estes três requisitos é possível culpar o agente por fato típico.

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011, p. 521), culpabilidade:

É a reprovabilidade do injusto ao autor (...) Um injusto, isto é, uma conduta típica e antijurídica, é culpável quando reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse. Ao não ser motivado na norma, quando podia e lhe era exigível que o fizesse, o autor mostra uma disposição interna contrária ao direito.

Ao longo dos anos, três teorias surgiram para elucidar a culpabilidade e a que prevaleceu e é adotada pelo Código Penal é a Teoria Normativa-pura da Culpabilidade. Esta teoria teve surgimento com a teoria finalista da ação, onde o dolo e a culpa migraram da culpabilidade para conduta que integra a tipicidade. Portanto, somente elementos normativos, que são juízos de valor e de reprovação estabelecem requisitos para a culpabilidade como imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Imputabilidade é a capacidade do agente entender-se e determinar-se diante a ilicitude de um fato. Tendo essa capacidade e optando em praticar atos em desconformidade com a legislação, haverá responsabilização. As pessoas maiores de dezoito anos e que estão

em pleno gozo de saúde mental são imputáveis, sendo-lhes aplicado pena. O referido elemento encontra disposição legal no artigo 26 do Código Penal através de seu reverso, qual seja a inimputabilidade.

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Segundo Fernando Capez (2008, p. 306), imputabilidade é:

a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade.

Para ser culpável, além da imputabilidade é necessário verificar a potencial consciência da ilicitude, ou seja, analisar se o agente possuía condições de saber que sua conduta contrariava o ordenamento jurídico. Não significa que o indivíduo conheça todas as leis, mas compreender que sua ação ou omissão lesa ou expõe a perigo um bem tutelado pelo Direito Penal.

Por fim, para ser possível imputar culpa ao sujeito, faz-se imprescindível analisar se no momento da prática do ilícito, era possível exigir conduta diversa daquele.

Esta exigibilidade para Capez consiste na “expectativa social de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo agente. Somente haverá exigibilidade de conduta diversa quando a coletividade podia esperar do sujeito que tivesse atuado de outra forma” (CAPEZ, 2008, p. 327).

Conclui-se que para a caracterização da exigibilidade de conduta diversa é necessário que o fato típico ocorra em circunstâncias normais, sendo que o indivíduo podia agir em consonância com o direito, todavia sua conduta lesou determinado bem jurídico penalmente significativo.

4 PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE

O cenário da presente sociedade demonstra que diante a desigualdade social que lhe assola, parte dos cidadãos possuem qualidade de vida tendo seus direitos garantidos, possibilitando-os a terem acesso aos mais diversos segmentos como bens de consumo, moradia, trabalho entre outros. Já outra parcela dos cidadãos, que por sua vez, representa a maioria da população, estão a mercê da sociedade e direitos básicos como educação, saúde, alimentação, moradia não lhe são garantidos e quando são, por vezes são falhos.

Diante o contexto social não é possível esperar que todas as pessoas tenham atitudes em consonância com as legislações visto que estão inseridas em realidades diferentes. A Constituição Federal positiva que o Estado proporcionará aos indivíduos direitos indispensáveis para poderem ter uma vida digna, porém é visível que esses direitos não estão sendo concretizados. A falta de educação de qualidade, alimentação, cultura, moradia, emprego são situações cotidianas na vida da maioria esmagadora, que por sua vez, acabam marginalizados por não se enquadrarem nos padrões sociais esperados.

O princípio da coculpabilidade consiste em corresponsabilizar o Estado pelos atos ilícitos do indivíduo que não teve oportunidades de inserção social, de forma a atenuar a pena deste.

Conforme Grégore Moura (2006, p. 41):

O princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a co-responsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também, no processo penal.

Ainda enfatizam Zaffaroni e Pierangeli sobre a coculpabilidade (2011, p. 529):

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “coculpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmado que este conceito de coculpabilidade é uma ideia introduzida pelo direito penal socialista. Cremos que a coculpabilidade é herdeira do pensamento de MARAT e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do art. 66.

Desde os primórdios, as vontades dos mais abastados predominam em detrimento dos indivíduos que não possuem condições econômicas favoráveis e são desprovidos de grau de instrução. Com o transcorrer dos anos, o cenário não obteve mudanças significativas e o quadro crítico de indivíduos excluídos socialmente permanece. Destarte, a sociedade também possui certa responsabilidade diante a conduta delitativa do agente segregado, pois se todos estão no mesmo contexto, têm a incumbência de zelar pelo desenvolvimento saudável e harmônico das gerações presente e futuras.

A discrepância é tanta que aparenta estarmos inseridos em dois mundos completamente distintos. Enquanto uns detém imóveis luxuosos, outros vivem nas encostas de

morros, correndo risco de desmoronamento, ou mesmo sobrevivendo em viadutos. Ao passo que pessoas esbanjam dinheiro com roupas de grife, outros não têm a garantia da refeição diária. Enquanto crianças frequentam colégios particulares e têm uma rotina com atividades recreativas e esportivas, outras estão em situação de evasão escolar, pois têm que trabalhar. Algumas chegam a frequentar a escola com a única finalidade de se alimentar.

Diversas são as situações de desigualdade existentes, o que não é novidade para ninguém, porém, o Estado e nem a sociedade busca alternativas para alterar a realidade e proporcionar condições mais equitativas para que todos tenham uma vida com o mínimo de dignidade. Se nada for feito, não há razão em se bradar por justiça diante o alto índice de criminalidade existente.

Conforme o entendimento dos autores citados acima, mesmo em uma sociedade organizada os indivíduos não possuem as mesmas oportunidades e, visto que, cada um possui determinado grau de autodeterminação, seria inviável imputar responsabilidade somente ao indivíduo por seus atos. Portanto, o mais correto seria responsabilizar não só o Estado, mas toda a sociedade na reprovação da conduta do agente que fora marginalizado.

5 PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO DIREITO ESTRANGEIRO

É relevante enfatizar que a coculpabilidade é aplicada em diversos ordenamentos de países estrangeiros e alguns realizam uma interpretação inversa para punir de forma mais severa o indivíduo que detém condições opostas àquele que fora excluído da sociedade, sendo assim, o delito foi cometido por pessoa que teve seus direitos fundamentais garantidos e tem total discernimento para agir de forma contrária da caracterizada como ilícito, portanto sua reprovação social será maior.

Segundo Moura (2006, p.46):

A co-responsabilidade estatal no cometimento de determinados delitos varia de acordo com as condições socioeconômicas e culturais do agente (inclusão social em sentido amplo). Quanto menor esta (inclusão social) maior aquela (responsabilidade estatal). Tomando por base o outro lado da moeda, teríamos: quanto melhor as condições socioeconômicas e culturais do agente, menor a co-responsabilidade do estado; logo, maior a reprovação social.

A aplicação do princípio da coculpabilidade tem mais ênfase nos países que não proporcionam políticas de inclusão social de seus cidadãos. É positivado, inclusive em países da América Latina. No entanto, o referido princípio também é aplicado em países desenvolvidos. Vejamos:

5.1 Direito Penal Argentino

O princípio da coculpabilidade é aplicado de forma efetiva no ordenamento Argentino através da ponderação das circunstâncias sociais que estão em torno do indivíduo. O referido postulado tem natureza dúplice, uma vez que pode ser utilizado para atenuar ou agravar a pena. Tal dispositivo se encontra previsto no artigo 40 e 41 do Código Penal da República da Argentina e dispõe que as penas serão fixadas de acordo com as circunstâncias atenuantes ou agravantes particulares a cada caso, levando-se em consideração os motivos que levaram o indivíduo a delinquir, especificamente a pobreza, os costumes, a educação, a reincidência, a periculosidade entre outros relacionados à sua condição social.

Neste ordenamento, a coculpabilidade é aplicada tanto para agravar a pena do indivíduo que recebeu melhores instruções e assim teria condições de ter uma vida digna, sem praticar delitos, como também é utilizada para atenuar a pena do sujeito que não teve possibilidades de se inserir socialmente e está mais propenso a cometer delitos devido sua situação de vulnerabilidade.

5.2 Direito Penal Mexicano

No direito Mexicano, o princípio da coculpabilidade é uma circunstância inominada e se concretiza através da verificação das condições sociais, econômicas, especiais e pessoais do agente quando da prática da infração. O referido princípio é contemplado no artigo 52 do Código Penal Mexicano e explana que o juiz fixará a pena que considere justa e adequada após analisar aspectos como a natureza do delito e suas consequências, costumes, grau de instrução, condição sócio-econômica dentre outras conjunturas do agente no momento da prática do crime, caso forem significativas.

Segundo Moura (2006, p.104), a previsão da coculpabilidade no Direito Mexicano é uma tentativa de diminuir os prejuízos causados pela globalização e neoliberalismo, que causam exclusão e desigualdade social.

Tal princípio também é aplicado nos casos de medida de segurança se necessário e com base na verificação do estado psicológico do sujeito.

5.3 Direito Penal Peruano

No direito peruano a coculpabilidade é prevista no artigo 45 de seu Código Penal e sua aplicação justifica-se pelo reconhecimento por parte do Estado de sua omissão ao proporcionar subsídios básicos ao indivíduo, deixando-o em situação de desamparo e injustiças sociais. Ao aplicar a pena, o juiz considera as carências sociais que o agente sofreu,

seus costumes e os interesses da vítima ou de pessoas que dela dependam, de forma a aplicar uma pena equitativa ao infrator.

5.4 Direito Penal na Costa Rica

Nesta legislação, o princípio da coculpabilidade não está expresso, mas sua aplicação ocorre com a exegese do artigo 71 de seu Código Penal, devendo o juiz fixar a pena através da análise da gravidade do delito e da personalidade do sujeito, incluindo-se as características psicológicas, psiquiátricas e sociais.

Art. 71 - El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe.

Para apreciarlos se tomará en cuenta:

- a) Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible;
- b) La importancia de la lesión o del peligro;
- c) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar;
- d) La calidad de los motivos determinantes;
- e) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito;
- f) La conducta del agente posterior al delito. Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez³.

A lei não trás de forma expressa o princípio da coculpabilidade, mas sua concretização advém do Projeto do Código Penal de Costa Rica de 1.998 que nos artigos 73 e 74 elencam que a pena não excederá os limites da culpabilidade, considerando a extensão do dano provocado, os motivos da prática do crime, a ilicitude da conduta e as condições econômicas, sociais e culturais do autor, assim como seu comportamento posterior para reparar o dano. Ao determinar a pena, o juiz também deverá observar os interesses da vítima e de sua família, tentar resolver os conflitos gerados e conservar a saúde física e psíquica do condenado.

5.5 Direito Penal Boliviano

Neste ordenamento jurídico a coculpabilidade pode ser empregada como circunstância judicial e como atenuante genérica. Para tanto é necessário observar a

3 Art. 71 - O Juiz, na sentença motivada, fixará a duração da pena que deve ser imposta de acordo com os limites assinalados para cada delito, atendendo a gravidade do fato e a personalidade do agente. Para apreciá-los se levará em conta: a) Os aspectos subjetivos e objetivos do fato punível; b) A importância da lesão ou do perigo; c) As circunstancias de modo, tempo e lugar; d) A qualidade dos motivos determinantes; e) As demais condições pessoais do sujeito ativo ou da vítima na medida em que hajam influenciado na prática do delito; e f) A conduta do agente posterior ao delito. As características psicológicas, psiquiátricas e sociais, o mesmo que as referentes à educação e antecedentes, serão solicitadas ao Instituto de Criminologia, o qual poderá incluir qualquer outro aspecto que possa ser interessante para melhor informar o Juiz. (Tradução livre).

personalidade do sujeito, os motivos que o levaram a delinquir, além de suas condições sócio-econômicas.

O princípio está disciplinado no artigo 38 e 40 do Código Penal Boliviano. O primeiro trata das circunstâncias que contemplam a personalidade do autor, sua educação, costumes, fator econômico e social, além dos motivos da prática do crime. O segundo refere-se a atenuantes genéricas para atenuar a pena, levando-se em consideração se o agente cometeu o delito impulsionado pela miséria, sob sofrimento moral grave e injusto, ou ainda por ordem de alguém a quem deva obediência ou dele dependa.

Outros países como Equador, Colômbia, Paraguai, Portugal também positivam a aplicação da coculpabilidade em seus Códigos Penais.

6 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE FRENTE A INEFICÁCIA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

É incontestável que o sistema prisional brasileiro é falho e desumano. A realidade deste sistema na sociedade atual é contraditória à Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) que em harmonia com a Constituição Federal, descreve os direitos dos presos. Problemas como superlotação, alimentação insuficiente, violência física e verbal, ausência de higiene, proliferação de doenças, consumo de drogas, tortura, abusos sexuais, falta de trabalho e de atividades educativas, atendimento médico, rebeliões entre outros são exemplos do que ocorre nos cárceres do nosso país.

É possível afirmar que hoje, ao invés de recuperar o agente, a pena de prisão e o cárcere, degradam ainda mais o ser humano (DE SÁ, 1997, p. 117).

A proposta que o Estado nos transmite é de que as Unidades Prisionais têm a função de recuperar e ressocializar o infrator, mas na realidade isso não passa de uma idealização, visto que diante do contexto atual das penitenciárias, o agente não tem condições de se readaptar a vida em sociedade, uma vez que estão em convívio diário com situações de calamidade, que ferem sua dignidade humana. Muito pelo contrário, o infrator está sujeito a reincidir ao crime, pois o aspecto criminógeno da cadeia é gritante.

A lei de Execução Penal nº 7.210/84, em seu artigo 41 trata sobre vários direitos do preso, como alimentação, vestuário, trabalho e remuneração, acesso a atividades educacionais, recreação entre outros. Todavia, ao comparar os dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN), podemos perceber que estes direitos não são efetivados e não há ações para mudar esse quadro.

As penitenciárias brasileiras são conhecidas por sua superpopulação de detentos e

por suas condições desumanas. O INFOPEN demonstra em sua última sondagem (dezembro de 2014), que a população carcerária atinge o número de 622.202 detentos, sendo que as vagas existentes são 371.884 e que, portanto há um déficit de 250.318 vagas. Através destes dados é possível visualizar a situação degradante dos presos, que nem espaço para dormir têm, necessitando realizar rodízio para tal.

Neste sentido, Sérgio Adorno (1991, p. 71) aduz que:

A superpopulação carcerária encontra-se na origem imediata de não pouco outros problemas, sobretudo a promiscuidade que promove toda a sorte de contaminação – patológica e criminógena -, exacerbando a violência como forma institucionalizada e moralmente legítima de solução de conflitos intersubjetivos. Esse quadro agrava-se devido ao expressivo contingente de população encarcerada nos distritos e delegacias policiais, nos quais se encontram indiferenciados presos primários e reincidentes, detidos para averiguações ou em flagrante e cidadãos já sentenciados pela justiça criminal. Nessas dependências, reinam as mais desfavoráveis condições para a “recuperação” ou “ressocialização” – seja lá o que esses termos possam significar – dos delinquentes. Ao contrário, a contaminação criminógena reforça a ruptura dos laços convencionais com o “mundo da ordem”, instituindo as possibilidades efetivas de construção de trajetórias e carreiras delinquentes.

Diante os dados do IFOPEN, o grau de escolaridade da população carcerária é excessivamente baixo, sendo de 50% a média dos presos que não frequentaram ensino fundamental ou o têm incompleto. Esta informação só comprova o mal causado pelo poder estatal ao cidadão, em não lhe garantir acesso à educação. Pessoas instruídas têm mais oportunidades diante a concorrência do mercado de trabalho.

A oferta de ensino nos presídios é irrisória e não atende todos os presidiários. A educação neste ambiente teria o condão de evitar o crime e possibilitar o retorno do indivíduo ao convívio em sociedade. Hoje, somente 13% dos presos estão em atividade educacional (dados da IFOPEN).

O mesmo problema ocorre com a oferta de trabalho, sendo este de extrema importância para propiciar a qualificação do preso e em consequência viabilizar que este consiga um emprego quando posto em liberdade. Porém, apenas 20% da população carcerária trabalham segundo informação da IFOPEN.

Assim ressalta René Ariel Dotti (2000, p.71) que:

O resguardo da dignidade do preso, com o oferecimento de meios ao trabalho, com uma adequada remuneração, constitui um dever do Estado que possibilitará não mais distinguir-se entre o cidadão livre e o cidadão preso, permitindo a este seu retorno para a sociedade sem a recidiva. A participação ativa do presidiário no programa de reinserção social pressupõe não somente que tal processo revela a sua voluntária adesão como também a passagem de um direito penal social para um direito que pretenda, também, ser democrático.

A ressocialização do agente teria que ser algo imprescindível, pois ao final do cumprimento de sua pena ele retornará ao convívio em sociedade. No entanto, não é o que se

verifica, certo que as autoridades não perceberam que a solução não finda-se na construção de mais e mais penitenciárias, mas sim em políticas públicas que visem solucionar o grande problema que assola a presente sociedade, isto é, a desigualdade social.

Diante a reflexão da realidade carcerária é possível vislumbrar que a aplicação do princípio da coculpabilidade seria benéfico para diminuir o lapso temporal dos agentes dentro da conhecida por muitos de “escola do crime”.

7 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O princípio da coculpabilidade não se encontra expresso em lei, dificultando sua aplicação devido à resistência em concebê-lo pela grande maioria dos operadores do direito. Porém, na melhor exegese do Código Penal é possível verificá-lo. Doutrinas e algumas jurisprudências já o reconhecem, existindo debates para sua positivação.

Conforme o disposto no Código Penal o princípio da coculpabilidade pode ser aplicado mediante a análise do caso concreto.

Art. 66. - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Trata-se de uma hipótese de atenuante inominada com aplicação na segunda fase da dosimetria da pena onde esta será minorada se ficar constatado que a causa que levou o agente a praticar o crime é relevante, seja ela anterior ou posterior ao delito.

Por outro lado, para a aplicação da coculpabilidade é relevante analisar o artigo 59 do Código Penal que discorre que o juiz deverá se atentar à culpabilidade, à conduta social, aos motivos e circunstâncias do crime para que reprove a conduta do agente de forma adequada e suficiente.

Este artigo trata das circunstâncias judiciais que são analisadas na primeira fase da dosimetria da pena e é possível verificar uma conexão entre a culpabilidade, a personalidade do agente e os motivos do crime relacionado ao contexto social em que o indivíduo está inserido para fixar a pena base.

É relevante citar o inciso I do artigo 14 da Lei nº 9.605/98 (Lei que trata dos crimes ambientais).

Art. 14. São circunstâncias que atenuam a pena:
I - baixo grau de instrução ou escolaridade do agente;

Este artigo expressamente dispõe sobre a possibilidade de atenuação da pena do agente devido seu baixo grau de instrução, sendo compatível com a ideia da coculpabilidade.

Levando-se em consideração todas as características que englobam a condição sócio-econômica do sujeito e que este tem menor capacidade de autodeterminação diante um direito, é cabível a aplicação da coculpabilidade como forma de responsabilizar o Estado por sua falha.

Nesta perspectiva, Salo de Carvalho (2002, p. 73) decorre que:

[...] o entorno social, portanto, deve ser levado em consideração na aplicação da pena, desde que, no caso concreto, o magistrado identifique uma relação razoável entre a omissão estatal em disponibilizar ao indivíduo mecanismos de potencializar suas capacidades e o fato danoso por ele cometido. O postulado é decorrência lógica da implementação, em nosso país, pela Constituição de 1988, do Estado democrático de Direito, plus normativo ao Estado Social que estabelece instrumentos de satisfação dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Em torno de um homem que praticou crime há a coculpabilidade da sociedade diante a omissão ao oferecimento das mesmas possibilidades a todos seus cidadãos (CARVALHO, 2002, p. 65).

Em análise jurisprudencial sobre o princípio da coculpabilidade é possível constatar que embora haja resistência dos julgadores em percebê-lo, já há resquícios de decisões proferidas que reconhecem a interferência do contexto social na vida do agente e, portanto, admitem que a pena possa ser reduzida. Vejamos alguns julgados neste sentido:

Ementa: FURTO EM RESIDÊNCIA. CONCURSO DE AGENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. FATO TÍPICO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. [...]. JUÍZO CONDENATÓRIO MANTIDO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE GENÉRICA PREVISTA NO ART. 66 DO CP. RÉU SEMI-ALFABETIZADO. INSTITUTO DA CO-CULPABILIDADE. REDUÇÃO DA PENA. MULTA. ISENÇÃO DE PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. PENA QUE TRANSCENDE DA PESSOA DO CONDENADO POBRE, ATINGINDO SEUS FAMILIARES. Apelação parcialmente provida. (Apelação Crime Nº 70013886742, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Bandeira Scapini, Julgado em 20/04/2006).

Nesta decisão, o princípio da coculpabilidade foi considerado na segunda fase da aplicação da pena, como atenuante genérica inominada prevista no artigo 66 do Código Penal. A motivação do julgado se concentra na questão do réu ser semialfabetizado, reconhecendo-se a responsabilidade do Estado pelo fracasso escolar deste sujeito.

Em decorrência da falta de estudos, a perspectiva de emprego para este cidadão é baixíssima, certo a exigência de qualificação buscada pelo mercado de trabalho. A decisão frisa que “afinal, em uma época como a nossa, onde um simples vendedor que trabalhe atrás de um balcão de uma loja precisa ter noções de informática, a perspectiva de empregabilidade de um homem analfabeto ou semianalfabeto é praticamente nula” (Apelação nº 70013886742 TJ-RS).

No julgado, foi analisado a questão sócio-econômica do agente, considerando-se que

sua autodeterminação é reduzida face a ineficácia do Estado em lhe proporcionar o direito a educação.

Abaixo, apresenta-se outro julgado:

Ementa: ROUBO. CONCURSO. CORRUPCAO DE MENORES. CO-CULPABILIDADE. SE A GRAVE AMEACA EMERGE UNICAMENTE EM RAZAO DA SUPERIORIDADE NUMERICA DE AGENTES, NAO SE SUSTENTA A MAJORANTE DO CONCURSO, PENA DE BIS IN IDEM - INEPTA E A INICIAL DO DELITO DE CORRUPCAO DE MENORES (LEI 2.252/54) QUE NAO DESCREVE O ANTECEDENTE (MENORES NAO CORROMPIDOS) E O CONSEQUENTE (EFETIVA CORRUPCAO PELA PRATICA DE DELITO), AMPARADO EM DADOS SEGUROS COLETADOS NA FASE INQUISITORIAL. - O PRINCIPIO DA CO-CULPABILIDADE FAZ A SOCIEDADE TAMBEM RESPONDER PELAS POSSIBILIDADES SONEGADAS AO CIDADAO REU. - RECURSO IMPROVIDO, COM LOUVOR A JUIZA SENTENCIANTE. (Apelação Crime Nº 70002250371, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 21/03/2001).

Aqui, a coculpabilidade foi auferida na segunda fase da aplicação da pena, através do artigo 66 do Código Penal e o julgador utilizou como fundamentação, o seguinte preceito, a sociedade possui determinada parcela de responsabilidade frente às possibilidades negadas ao agente (Apelação nº 70002250371 TJ-RS).

Destarte, mesmo de forma tímida, o princípio da coculpabilidade já é previsto e concretizado no ordenamento jurídico brasileiro, contudo necessita de maior amadurecimento para que sua aplicação seja ampliada e os operadores do direito não se sintam inibidos em adotá-lo devido não estar presente no Código Penal de forma expressa.

8 CONCLUSÃO

Ao longo do estudo é possível verificar e afirmar que os indivíduos não têm as mesmas oportunidades de vida e que muitos são privados de direitos mínimos como moradia, educação, saúde, trabalho, sendo utopia almejar que todos ajam em conformidade com a legislação. O Estado tem o dever de garantir que direitos fundamentais sejam efetivamente concretizados e ao ser omissos quanto a isso seria adequado lhe imputar uma parcela de responsabilidade quando um indivíduo marginalizado delinquisse.

A aplicação do princípio da coculpabilidade ocorre com êxito em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros. No Brasil, este princípio não está expresso em lei, o que acaba por inibir os aplicadores do direito em considerá-lo. Não obstante, sua concretização é possível na primeira fase da dosimetria da pena, mais especificadamente, ao analisar as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal ou na segunda fase da dosimetria, quando da análise do artigo 66 do mesmo código, que trata da atenuação da pena não prevista

de forma expressa em lei.

Ainda fez-se menção a real situação dos cárceres brasileiros e sua ineficácia quanto à ressocialização do preso, fator que gera grande desconforto, pois em algum momento este indivíduo vai retornar ao convívio em sociedade e o Estado vai ter falhado com ele duas vezes, a primeira quando não garantiu condições de se inserir socialmente, vindo este incorrer em crime e, a segunda, por não ter proporcionado novamente meios de se reinserir na sociedade, mas ao contrário, lhe deixando a mercê do sistema, mais conhecido como escola do crime. Neste diapasão seria relevante a aplicação do princípio da coculpabilidade para que o lapso temporal de permanência nesta escola seja reduzido.

A temática estudada é de grande relevância para a sociedade, pois esta branda por justiça e rechaçam os direitos do preso, porém é necessário que se conscientizem que a solução para o alto índice da criminalidade não está em proporcionar condições cruéis aos agentes, mas sim o Estado cumprir com o disposto na Constituição Federal e implementar políticas públicas de forma a efetivar os direitos básicos na vida de todo indivíduo, pois só assim este terá condições de autodeterminar-se e decidir se quer agir contra a norma ou não.

Todavia, o contexto fático é outro, pois apesar do cidadão ter livre arbítrio em decidir se age conforme o ordenamento jurídico ou não, por vezes, ele acaba não tendo escolhas e comete delitos, visto a impossibilidade de vislumbrar outro caminho frente à ineficácia do Estado ao não lhe garantir o mínimo necessário para viver com dignidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. **Sistema penitenciário no Brasil: Problemas e desafios**. Revista USP. Março, abril e maio. 1991.

ARGENTINA. Código Penal. **Ley 11.179, de 21 de dezembro de 1984**. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_arg_codigo_penal.htm. Acesso em 10/03/2017.

BOLÍVIA. Código Penal. **Decreto Ley 10426, de 23 de agosto de 1972**. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/spanish/gapeca_sp_docs_bol1.pdf. Acesso em 01/04/2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros. Editores, 2001.

BRASIL. Código (1941). **Código Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. **Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen – do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça**. Disponível em: www.mj.gov.br. Acesso

em: 04/05/2017.

_____. **Lei de Execuções Penais. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1.984.** Brasília, DF: Senado, 1984.

_____. **Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1.988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em 15/04/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul. **Apelação Crime 70002250371.** Relator Amilton Bueno de Carvalho. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 03/05/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul. **Apelação Crime 70013886742.** Relator Marco Antônio Bandeira Scapini. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 03/05/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul. **Embargos infringentes 70000792358.** Relator Tupinambá Pinto de Azevedo. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 12/03/2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral.** São Paulo: Saraiva, 12 Ed, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002.

COSTA RICA. Código Penal. **Lei nº. 4.573, de 4 de março de 1970.** Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Costa_Rica.pdf. Acesso em 02/04/2017.

_____. Proyecto Del Código Penal. **Expediente nº. 11.871, de 14 de abril de 1998.** Disponível em: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_21.pdf. Acesso em 08/03/2017.

DOTTI, René, Ariel. **A globalização e o direito penal.** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, SP, ano 7, n.86,2000.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso.** Presidente Prudente, 2007, 110p.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **A culpabilidade compartilhada e os direitos humanos fundamentais.** Revista CEJ, Brasília, DF, v. 14, n. 48, p. 33-39, jan./mar. 2010.

JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal:** parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2001.

MÉXICO. **Código Penal Federal, de 14 de agosto de 1931.** Disponível em: <http://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-penal-federal/>. Acesso em 05/04/2017.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOURA, Grégore. **Do princípio da co-culpabilidade.** Niterói: Impetus, 2006.

PERU. Código Penal. **Decreto Legislativo nº 635, de 03 de abril de 1991.** Disponível em:

<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>. Acesso em 10/03/2017.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

SÁ, Alvino Augusto de. **Prisionização: um dilema para o cárcere e um desafio para a comunidade**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 21, p.117-123, jan./mar. 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PROGRAMAS GOVERNAMENTAIS DE COMBATE À ESCRAVIDÃO: MÉTODO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO

Caio Vinícius Roldão AGARIE¹
Tiago Domingues BRITO²

RESUMO

No presente trabalho, em primeiro momento, fez-se uma análise a respeito da historiografia sobre a escravidão. Há também o estudo de termos do ordenamento jurídico brasileiro que podem trazer grande controvérsia, que são as “condições degradantes de trabalho” e “jornada exaustiva”. Depois desta análise, fez-se o exame dos direitos fundamentais (tema este que, diante de sua importância, ganhou capítulo próprio neste trabalho) e os seus métodos de efetivação, os quais podem ser identificados pelos programas governamentais, quais sejam a “Lista Suja” do Ministério do Trabalho e Emprego, os Grupos Móveis de Fiscalização e o Projeto de Emenda à Constituição 438, o qual já foi aprovado e modificou a Carta Magna.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho Escravo; Direitos Fundamentais; Programas Governamentais.

ABSTRACT

In the present work, at first, we did an analysis about the historiography of slavery. There is also the study terms of Brazilian law that can bring great controversy, which are "degrading working conditions" and "exhausting journey ". After this analysis, there was consideration of fundamental rights (theme this that, given its importance, gained its own chapter in this work) and its execution methods, which can be identified by government programs , which are the "Dirty List" the Ministry of Labour and Employment, Groups Mobile Inspection and the amendment bill to the Constitution 438, which has already been approved and modified the Constitution.

KEY-WORDS: Slave Labor; Fundamental Rights; Government

1 INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, especialmente no Brasil, por ter sido um dos primeiros países da sociedade internacional a admitir a presença do trabalho escravo no começo do século XXI, tem reconhecido, tanto na política nacional, quanto na internacional, um enorme compromisso com o tema.

-
- 1 Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2013). Membro no Núcleo de Estudos Constitucionais Zulmar Fachin(NEC/UEM). Membro fundador do Grupo de Investigações sobre Punição.Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná.
 - 2 Coordenador do Curso de Pós-Graduação IDCC-Jacarezinho. Professor da Escola de Direito Faculdades Londrina. Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pelas Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO). Integrante do Grupo de Pesquisa GPCERTOS (UENP). Presidente da Comissão de Defesa das Prerrogativas do Advogado - OAB Jacarezinho/PR.

Todavia, não é tarefa simples afrontar a apropriação do discurso desenvolvimentista que doutrina o aumento, a qualquer preço, das plantações, do alargamento da pastagem e da produção de álcool e do carvão para a exportação do aço. E o que é pior, na maioria das vezes, infelizmente, evidencia-se o amparo deslumbrado ao agronegócio, refletindo na já desgastada justificativa de que a guerra ao trabalho escravo causaria danos à balança mercantil do Brasil.

Dessa forma, para que a economia (sobretudo a do campo) continue cumprindo sua finalidade (o desenvolvimento humano) é necessário que haja “intervenção”, a qual, nos sistemas do campo econômico, é parte da função política do Estado, caso se tenha perceptibilidade sobre a impossibilidade do mercado produzir equilíbrio e justiça a todos, evitando o excesso de cumulação de riquezas em mãos de alguns e o aumento de pobreza dos mais frágeis.

Logo, para se atingir essa “intervenção” (ou até mesmo a falta dela), é que nasceram os direitos fundamentais. Portanto, tudo o que se pleiteia em face dos órgãos governamentais é a chamada “intervenção”, visto que a prática da escravidão, com absoluta certeza, não cumpre a principal finalidade da economia: o aumento da vida humana.

Em face da necessidade de intervenção e sua conseqüente efetivação dos direitos fundamentais (tema este que, diante de sua importância, ganhou capítulo próprio neste trabalho), criaram-se programas governamentais, os quais serão detalhadamente tratados mais à frente, quais sejam a “Lista Suja” do Ministério do Trabalho e Emprego, os Grupos Móveis de Fiscalização e o Projeto de Emenda à Constituição 438, o qual já foi aprovado e modificou a Carta Magna.

A respeito da metodologia que será utilizada pelo autor deste trabalho, é de observar que, de acordo com RICHARSSON, (1999, p. 70), define-se o método de pesquisa como a “escolha de procedimentos sistemáticos para a descrição e explicação dos fenômenos”. O problema investigado deve ser coerente com a escolha do método escolhido, o qual pode ser o qualitativo e o quantitativo. Segundo MOREIRA (2002, P. 17), parte do princípio de que a pesquisa qualitativa é aquela que trabalha “predominantemente com os dados qualitativos, isto é, a informação coletada pelo pesquisador não é expressa em números, ou então os números e conclusões neles baseadas representam um papel menor na análise”. Novamente, segundo RICHARSON (1999, p. 80), a análise qualitativa tem como objeto situações complexas ou estritamente particulares. Os estudos que empregam uma metodologia qualitativa podem descrever a complexidade de um determinado problema, analisa a interação de certas variáveis, compreender e classificar processos dinâmicos vividos por grupos sociais, contribuir no processo de mudança de determinado grupo e possibilitar, em maior nível de

profundidade, o entendimento das particularidades do comportamento dos indivíduos.

O presente trabalho científico irá prestigiar o método dedutivo, o qual pauta-se numa afirmação antecedente/negação consquente, explicando, por exemplo, em termos de propósito, já que a necessidade de explicação é lógica e não casual. O mencionado método prestigia também as possibilidade de todas as premissas serem verdadeiras e, portanto, a conclusão do texto será também, muito provavelmente, verdadeira; todas as informações ou conteúdo da conclusão já estavam, pelo menos implicatadamente, nas premissas levantadas (LAKATOS; MARCONI, 2010, p. 70).

Portanto, a presente pesquisa valer-se-á, principalmente, de situações concretas que envolvam a prática do trabalho escravo, e como o Estado intervém nestas relações abusivas.

2 DA ATUAL SITUAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO NACIONAL

A repentina epidemia de febre aftosa em rebanhos do Centro-Oeste do Brasil, no final de 2005, estimulou no mundo uma grande apreensão que foi bem além do episódio em si, pois muitos países deixaram de importar a carne bovina nacional. Esse era um setor que tinha tudo para bater mais um recorde comercial, todavia o ambiente de grande entusiasmo se tornou em total desesperança. Pela primeira vez, o mercado exterior demonstrou receio em termos que extrapolaram a mera prudência diante da ameaça sanitária. Sabe-se que os influentes tabloides internacionais não economizaram notícias para reunir numa única condenação a calamidade ambiental, o desregramento salutar e a indecorosa escravidão exercida por grandes produtores brasileiros (PLASSAT, 2006).

Os tratados, negociações, acordos e convenções internacionais de amparo aos direitos humanos destacam a afirmativa de que o trabalho escravo, pelas circunstâncias aviltantes em que se movimenta, incidiria em severa forma de violação dos direitos humanos.

O Brasil, por ter sido um dos primeiros países da sociedade internacional a admitir a presença da ferida do labor escravo no começo do século XXI, tem reconhecido, tanto na política nacional, quanto na internacional, um enorme compromisso com esse tema: (i) com a admissão do Plano Nacional de Erradicação de março de 2003, a abolição do trabalho escravo começou a ter condição de meta presidencial, a qual deveria ser alcançada até o término do mandato do ano de 2006; (ii) mesma convenção foi firmada diante da Corte de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) e ratificada em Genebra ante a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a ONU. Portanto, a datar do ano de 1996, mais inabalavelmente nos anos de 2003 a 2006, o Brasil virou um modelo internacional na

batalha contra a neoescravidão, empregando ideias avaliadas como inovadoras pela OIT (PLASSAT, 2006).

Com os mesmos preceitos, as constituições dos países democráticos repelem energicamente as práticas de escravidão e, no direito pátrio, isso não é diferente, pois se aplica a rejeição ao trabalho escravo desde a Constituição (art. 5º, inciso III, XIII, XV, XLVII e LXVII) até a contemporânea redação dos artigos 149 – o qual será analisado separadamente –, 197, 203, 206 e 207, do Código Penal, afora todas as regras internacionais sancionadas e pelo direito brasileiro.

Assim sendo, em relação ao artigo 149 do Código Penal, o antigo teor do mesmo foi modificado pela Lei nº 10.803/2003, sancionada pelo ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, com o intuito de modernizar a legislação com baldrame na Magna Carta e nos regulamentos internacionais aplicáveis.

O conteúdo precedente do art. 149 determinava como atípico penal “Reduzir alguém à condição análoga à de escravo”, sem determinar o que caracterizaria essa circunstância, sendo que em relação a esse assunto, alguns podem se perguntar o porquê da utilização da expressão “trabalho análogo ao de escravo”, sendo que a resposta a esse questionamento é o de que o trabalho escravo foi formalmente abolido em 13 de maio de 1888 e o Estado passou a considerar ilegal um ser humano ser dono do outro, porém o que jazeram foram as ocorrências parecidas ao trabalho escravo, tanto do ponto de vista de cercear a alvedrio quanto de eliminar a dignidade do trabalhador, tratando-o como uma coisa, não como um homem.

Em consequência, a regra comportava irrestrita exegese, incumbindo ao intérprete determinar o que podia ser considerado ou não como “condição análoga à de escravo”, numa controvérsia a revelar ponderações entre enfoques positivos e negativos. Em relação ao enfoque positivo, percebia-se que a interpretação ampla admitia maior flexibilidade para se caracterizar o crime. Todavia, no seu enfoque negativo, houve quem reprendesse a redação por não dar aos julgadores critérios objetivos para uma concisa tipificação, além de não caracterizar, de forma peculiar, como crime a apropriação do labor escravo, mas somente o serviço praticado em “condição análoga à de escravo” (MELO, 2000:51).

A Lei nº 10.203/2003 modificou a situação, conferindo ao artigo 149 uma nova redação:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:
Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Dessa forma, ao não se constatar nenhum dos quatro modos acima mencionados, não se configura o crime. Entretanto, constatada qualquer uma das quatro possibilidades, mesmo que apartadamente, consuma-se a prática do crime tipificado no artigo 149 do CP, dando ensejo à coibição penal e a restituição civil, sendo que este último é de competência da Justiça Laboral (RAMOS FILHO, 2008:93).

Alguns podem pensar que o termo “condições degradantes de trabalho” é um termo dúbio, todavia, o que é tutelado pelo art. 149 do CP não é só a liberdade, mas sim a dignidade da pessoa humana, pois quando transgredido, o indivíduo é extraído dessa condição e transformado em objetos, meros aparelhos descartáveis do trabalho. Isto é, é importante que se conserve a punição para quem desrespeita a dignidade do trabalho, sujeitando-o a condições de abrigo, alimentação, trabalho, higiene, segurança bárbaras, sendo que estas situações degradantes são configuradas por um conjugado de autuações contra situações que colocam em risco a própria vida do obreiro (CONATRAE, 2013: 2).

Há também a possibilidade do termo “jornada exaustiva” ser considerada impreciso, todavia jornada exaustiva não é trabalhar por muitas horas seguidas, pois, em caso oposto, um médico ou um jornalista de plantão estariam nessa circunstância. Jornada exaustiva não tem relação apenas com a duração da jornada de trabalho, mas sim, com a saúde e a segurança, de forma sistemática, a um esforço descomunal, sem o período suficiente para o obreiro se recuperar fisicamente, situação esta que pode levar a prejuízos à saúde ou ao risco de morte. Em tal jornada fatigante, há a negatória do direito de trabalhar de forma a blindar a saúde, garantir o devido repouso e permitir a convivência social, admitindo-se valor à análise do ritmo de trabalho imposto ao obreiro, quer seja pela cobrança de produtividade muitas vezes inatingível, quer seja pela indução à exaustão corporal como forma de obter melhora no ordenado ou na conservação do ofício (CONATRAE, 2013: 3).

É muito importante mencionar também que de acordo com o art. 2º Convenção nº 29 Sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório da OIT³, do ano de 1930, a expressão “trabalho forçado ou obrigatório” compreende todo o trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente. Essa expressão,

3 http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/conv_29.pdf

contudo, não compreende: (i) qualquer trabalho ou serviço exigido em virtude de leis do serviço militar obrigatório com referência a trabalhos de natureza puramente militar; (ii) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas comuns de cidadãos de um país soberano; (iii) qualquer trabalho ou serviço exigido de uma pessoa em decorrência de condenação judiciária, contanto que o mesmo trabalho ou serviço seja executado sob fiscalização e controle de uma autoridade pública e que a pessoa não seja contratada por particulares, por empresas ou associações, ou posta à disposição; (iv) qualquer trabalho ou serviço exigido em situações de emergência, ou seja, em caso de guerra ou calamidade ou de ameaça de calamidade, como incêndio, inundação, fome, tremor de terra, doenças epidêmicas ou epizootias, invasões de animais, insetos ou de pragas vegetais, e em qualquer circunstância, em geral, que ponha em risco a vida ou o bem-estar de toda ou parte da população; (v) pequenos serviços comunitários que, por serem executados por membros da comunidade, no seu interesse direto, podem ser, por isso, considerados como obrigações cívicas comuns de seus membros, desde que esses membros ou seus representantes diretos tenham o direito a ser consultados com referência à necessidade de serviços.

Mas o que se tem de realmente inovador nas empreitadas do Brasil para abolir o mal da neoescravidão é fazer, pela primeira vez, um abaloamento agregado do problema, objetivando dissolver o sustentáculo de uma cadeia sistemática que produz e reproduz o labor escravo, o qual atrai comunidades arrasadas pela miséria a serviço de empregadores gananciosos, obstinados pelo lucro a qualquer preço.

3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO E SUA PROTEÇÃO

A concepção de direitos sociais se reporta às primícias do capitalismo industrial, pois, nesse momento histórico, eram enaltecidas as relações econômicas desatadas de “restrições” jurídicas, com o mercado fornecendo os elementos basilares para sua autorregulação.

Logo, os regimentos jurídicos universais, principalmente o da propriedade privada e o da autonomia da vontade, executados no campo dos tratos econômicos, eram os únicos princípios aplicáveis às relações então mencionadas (NUNES JÚNIOR, p. 49).

O conhecido “liberalismo original” aludia, portanto, numa evasão do direito, sendo que o direito de propriedade era conjurado para estruturar o comando do capital em face dos denominados “meios de produção”. Este instituto era, por sua vez, conectado à autonomia da vontade, que entregava a todos o alvedrio para contratar e, uma vez concluído o ajuste, a obrigação de total obediência à convenção atingida, sendo que tal modelo regia todas as

relações cívicas, quais sejam as empresariais, trabalhistas, consumeristas, etc. (NUNES JÚNIOR p. 49).

É notável, que as relações econômicas então formadas portavam um “anacronismo congênito”, pois embora fosse a absoluta liberdade garantida, frutificava-se a total subordinação dos economicamente vulneráveis aos desejos dos possuidores do capital. Doravante essa situação é que se pode perceber a conclusão, determinada pelo surgimento de inovações sociológicas, de que a segurança da liberdade em caráter irrestrito, em algumas circunstâncias, produzia mecanismos que repetidas vezes acabavam, “como em um processo de tensão dialética”, denegando sua própria essência (NUNES JÚNIOR, p. 50).

Ademais, o choque da industrialização e as grandes dificuldades sociais e econômicas que a seguiram, os preceitos socialistas e a verificação de que o louvor formal da liberdade e igualdade não originava a proteção do seu eficaz usufruto e, assim, acabaram, no transcorrer do século XIX, provocando vastos agrupamentos reivindicatórios e o reconhecimento paulatino de direitos, os quais conferiam ao Estado uma conduta cada vez mais ativa com o escopo de se realizar a justiça social (SARLET, p. 51).

Exteriorizou-se, com incontestável nitidez, a carência e a inaptidão do denominado “Estado absenteísta” para assegurar a coexistência independente e equilibrada entre os seus cidadãos, os quais eram obrigados a se inter-relacionar com um sistema econômico, cujas ideias apregoavam (e ainda apregoam) tratamento idêntico a pessoas economicamente dessemelhantes (NUNES JÚNIOR, p. 50).

Logo, o liberalismo clássico se manifestou por intermédio de uma realidade opressiva e desumana em face do proletariado, que se constituía nos núcleos industriais da Europa do século XIX.

Em relação aos direitos sociais, a nota característica destes direitos é sua estatura positiva, já que não se atenta mais em impedir a influência estatal no domínio da liberdade subjetiva, mas sim, de assegurar o direito de se compartilhar do “bem-estar social” (LAFER, 1991, p. 127).

Portanto, a grande preocupação dos mencionados direitos não é mais a de se garantir liberdade em face do Estado, mas sim, a liberdade por meio do Estado.

Pode-se dizer que os direitos sociais nasceram nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, sendo essa segunda o primeiro documento histórico com maior significado e autonomia no âmbito destes direitos, visto que a revolta popular na cidade de Paris, ocorrida no dia 23 de fevereiro de 1848, mirou visivelmente não só a derrubada do soberano monarca da época, mas também o restabelecimento da república, nos padrões das ideias revolucionárias dos anos de

1792 a 1793. Dessa forma, instalou-se um governo temporário e, logo após, deliberou-se solicitar de imediato uma assembleia constituinte (COMPARATO, 1999, p. 147).

Há também a Constituição Alemã de 1849, a qual não chegou a se introduzir de maneira efetiva no ordenamento jurídico alemão, sendo lembrada, ainda nos dias atuais, por conceder ao indivíduo direitos e prestações sociais por parte do Estado, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., originando uma transição das liberdades formais (que eram meramente abstratas) para as liberdades materiais com um caráter mais sólido, valendo-se dos princípios elegidos na doutrina francesa. (KRAUSEN, 1921, pp. 402 e ss *apud* SARLET, p. 51).

No Brasil, a primeira Constituição Brasileira, a de 1824, outorgada pelo imperador, apesar de não ter propriamente as características de uma Constituição que adotasse e assumisse direitos sociais, sem seguir essa terminologia, tratou a respeito do assunto, pois é o que claramente se extrai no art. 179, mais especificamente nos incisos XXI, XXII e XXIII, os quais, sucessivamente, garantiam “os socorros públicos, a instrução primária universal e gratuita e a existência de colégios e universidades” (NUNES JÚNIOR, p. 57).

Mesmo com o tom moderado deste dispositivo constitucional, é de se reconhecer que, pelo momento histórico em que foi promulgada, a Constituição do Império admitiu uma atinente e razoável aceitação dos direitos fundamentais sociais, visto que, embora tais disposições possuíssem um intenso fim assistencialista e não surgiram, de fato, assinaladas como os contemporâneos direitos sociais, pela ocasião em que foram adotadas e pelo aceno que faziam para um póstumo prestígio dos direitos sociais, não podem deixar de ter sua importância ressaltada (NUNES JÚNIOR, p. 57-8).

Entretanto, foi no século XX, sobretudo nas Constituições que nasceram após a Segunda Guerra Mundial, que estes novos direitos fundamentais foram aplicados em um número expressivo de Constituições, além de serem elemento fundamental de vários tratados do Direito Internacional. (SARLET, p. 51).

Afora todas estas questões, a determinação conceitual dos direitos sociais não é trabalho simples, tampouco que admita reducionismos, como, por exemplo, exprimi-los meramente como direitos de cunho prestacional, já que, ao se pensar a respeito dos direitos fundamentais de segunda geração, discorre-se essencialmente sobre uma pletera de direitos, cujas reservas jurídicas, não obstante distinguidas por terem um idêntico rol de escopos, não se exibem com a mesma natureza (NUNES JÚNIOR, p. 63).

Ademais, no campo dos direitos sociais, atenta-se para a conjuntura de que estes não tratam só de direitos de caráter positivo, mas também as chamadas “liberdades sociais”, os

quais são exemplificados pela alvedrio sindical e pelo direito de greve, assim como pelo reconhecimento de direitos fundamentais a obreiros, que são bem elucidados pelo direito a férias, ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho (SARLET, p. 52).

Portanto, é aparente “certa assincronia” entre os direitos aludidos, pois o direito à saúde e o direito à educação, por exemplo, realmente, demandam do Estado uma atividade prestacional, a qual deve ser consolidada por intermédio de serviços públicos, todavia, ao se falar, por exemplo, sobre pisos salariais ou em limitação da jornada de trabalho, cobra-se do Estado uma atividade normativa e reguladora, ou seja, exige-se uma interferência no campo das relações particulares, normatizando e gerindo tais relações. Ademais, estabelecendo-se uma terceira via de espécie de direito, pensa-se no direito de greve ou no de associação sindical, visto que neles, não se demanda do Estado qualquer prestação, tampouco se requer uma interferência normativa reguladora, mas sim, em concordância com os titulados direitos fundamentais de primeira geração, o que se espera é uma abstenção, uma vez que se institui um domínio de liberdade, para cujo acontecimento se reivindica o alheamento da máquina estatal (NUNES JÚNIOR, p. 63).

Logo, os direitos fundamentais sociais abarcam mais do que os direitos de caráter prestacional, de acordo com o que diz a doutrina, mesmo que o caráter “positivo” possa ser estimado como o termo constitutivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais (SARLET, p. 52).

Assim como ressalta Paulo Bonavides, os direitos sociais, no que se identifica com os clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, surgiram “abraçados ao princípio da igualdade”, entendida esta num acepção material (BONAVIDES, 2004, p, 518).

É de se ressaltar, todavia, que, como os direitos da primeira dimensão, também os direitos sociais se referem à pessoa individual, devendo ser distinguidos dos direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão.

Cravados nestas conjeturas, pode-se conceituar os direitos fundamentais de segunda geração como o “subsistema dos direitos fundamentais” que, reconhecendo o aparecimento de um grupo social economicamente vulnerável, procura, quer por intermédio de atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou até mesmo pela concepção de ferramentas assecuratórias destes direitos, conferir “a todos os benefícios da vida em sociedade” (NUNES JÚNIOR, p. 70).

4 EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS MEDIANTE PROGRAMAS

GOVERNAMENTAIS

Como já mencionado de forma exaustiva, em face da obrigação de intervenção e sua consequente efetivação dos direitos fundamentais, criaram-se programas governamentais, os quais serão detalhadamente tratados neste capítulo, quais sejam a “Lista Suja” do Ministério do Trabalho e Emprego, os Grupos Móveis de Fiscalização e o Projeto de Emenda à Constituição 438, o qual já foi aprovado e modificou a Carta Magna.

4.1 Da “Lista Suja” do Ministério do Trabalho e Emprego

Os empenhos de aguerridos atuantes de diversas instituições públicas (essencialmente o Ministério Público do Trabalho, Ministério do Trabalho, e muitos juízes juslaboralistas) e privadas (ONGs, sindicatos e movimentos sociais, como ANAMATRA), predispostos à eliminação do neoescravidão, visto que é de se perceber que a fiscalização auferiu evidente força a partir de 2003, pois (i) cerca de 180 proprietários foram arrolados na “lista suja”, que é o Cadastro dos Empregadores flagrados em atividades escravistas, criado pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE); (ii) a consequência de se ter o nome arrolado a este cadastro é ter, por dois anos, no mínimo, obstado o acesso a financiamentos públicos subsidiados; (iii) vários destes empregadores amargam até hoje um legítimo repúdio pelo mercado, na medida em que vem sendo descoberta a cadeia produtiva do trabalho escravo; (iv) após serem concluídas, em grande parte dessas operações de livramento, o Ministério Público do Trabalho, tem acionado a Justiça do Trabalho, pleiteando e a condenação do transgressor por danos morais coletivos com pagamento de indenizações; (v) isso tem colaborado em muito para a melhor ciência do perfil e das demandas dessas vítimas, dando bases para futuras ações positivas de prevenção e inclusão social; (vi) toda essa situação modificou bastante o ambiente preexistente de total impunidade, estimulando as vítimas da neoescravidão a denunciar ao poder público sua precária situação (PLASSAT, 2006):

Com a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.209 Distrito Federal, a Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINC em face da Portaria Interministerial TEM/SDH nº 2, de 12 de maio de 2011, bem como a Portaria TEM nº 540, de 19 de outubro de 2004, revogada pela primeira visava impugnar o ato que “Enuncia regras sobre o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo e revoga a Portaria TEM nº 540, de 19 de outubro de 2004”, autorizando o MTE a atualizar, semestralmente, o Cadastro de Empregadores que fossem flagrados na situação acima descrita e nele incluir o nome de empregadores que tivessem

submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo.

A Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINC alegou ofensa ao art. 87, inc. II; ao art. 186, inc. III e IV, ambos da Constituição Federal; aos princípios da separação dos poderes, da reserva legal e da presunção de inocência. Sustentou também que os Ministros de Estado, ao editarem o ato impugnado, “extrapolaram o âmbito de incidência do inciso II, do artigo 87, do Texto Constitucional, eis que inovaram no ordenamento jurídico brasileiro, usurpando a competência do Poder Legislativo”. Asseverou também que assim como é inaceitável que empregadores submetam obreiros a situação análogas às de escravos, “também é inaceitável que pessoas seja submetidas a situações vexatórias e restritivas de direitos sem que exista uma prévia norma legítima e constitucional que permita tal conduta da Administração Pública”.

Dessa forma, alegou que a inscrição do nome na “lista suja” corre sem a existência de um devido processo legal, o que se mostrou arbitrário, pois “o simples descumprimento de normas de proteção ao trabalho não é conducente a se concluir pela configuração do trabalho escravo”. Defendeu também que inclusão que a inclusão de uma pessoa em tal lista, sem o respeito, ao devido processo legal, vulneraria o princípio da presunção da inocência.

Portanto, ao final, requereram a concessão de medida cautelar para suspender os efeitos das Portarias 2/2011 e 540/2004, até o julgamento final da ação direta e, no mérito, a declaração, em caráter definitivo, da inconstitucionalidade dos atos impugnados.

No exame do pedido liminar, o STF, mais especificamente o seu Presidente, o Ministro Ricardo Lewandowski, disse que o tema trazido aos autos supramencionados é muito caro à República Federativa do Brasil, que tem por fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, sendo as políticas públicas, para a extinção de odiosa prática, um dever constitucionalmente imposto às pastas ministeriais envolvidas. Todavia, mesmo no exercício de seu *múnus* institucional de fiscalizar as condições de trabalho e punir os infratores, a Administração Pública Federal deve observância aos preceitos constitucionais, dentre os quais os limites da parcela de competência atribuída aos entes públicos. Disse também que a Portaria TEM/SDH foi editada no exercício da competência do inciso II, do art. 87, da Constituição da República, o qual permite ao Ministro de Estado expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos. Entretanto, ocorre que, para a expedição de tais atos, faz-se necessária a preexistência de uma lei formal apta a estabelecer os limites de exercício do poder regulamentar, segundo afirma assente jurisprudência desta Corte Suprema.

Assim sendo, no caso analisado, diz o nobre magistrado que embora se mostre louvável a intenção de criar o Cadastro de Empregadores que tenha submetido trabalhadores a

condições análogas à de escravo, verificou-se a inexistência de lei formal que respaldasse a edição da Portaria 2/2011 pelos Ministros de Estado, mesmo porque o ato impugnado fez constar em seu bojo o intuito de regulamentar o art. 186 da CF, que trata da função social da propriedade. Observou-se que força da Portaria 2/2011 – e da anterior Portaria 540/2004 – foi-se possível imputar aos inscritos no Cadastro de Empregadores, criado por ato normativo administrativo, o cometimento do crime previsto no art. 149 do CP, além da imposição de restrições financeiras que diretamente afetam o desenvolvimento das empresas. Logo, embora a edição dos atos normativos impugnados visem ao combate da submissão de trabalhadores a condições análogas à de escravo, a finalidade institucional dos Ministérios envolvidos não pode se sobrepor à soberania da Constituição Federal na atribuição de competências e na exigência de lei formal para disciplinar determinadas matérias.

O Ministro Lewandowski até mesmo se utilizou do exemplo esse tipo de exigência de lei formal para criação de tais cadastros é do Código de Defesa do Consumidor, que em seus artigos 43 a 46 prevê expressamente a criação “Dos Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores”, isto é, sem essa previsão normativa expressa em lei, não seria possível criar um cadastro de consumidores inadimplentes.

Por fim, o magistrado do Supremo Tribunal Federal se atentou a outro aspecto em relação a tal Portaria Interministerial: a aparente não observância do devido processo legal. Isso porque a inclusão do suposto infrator das normas de proteção ao trabalho ocorre após decisão administrativa final, em situações constatadas em decorrência da ação fiscal e que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo. Ou seja, essa identificação foi feita de forma unilateral sem que haja um processo administrativo em que seja assegurado contraditório e a ampla defesa ao sujeito fiscalizado. Portanto, ao considerar a relevância dos fundamentos deduzidos na inicial e a proximidade da atualização do Cadastro de Empregadores que submetem trabalhadores a condição de análoga à de escravo, tudo recomendava a suspensão liminar dos efeitos da Portaria 2/2011 e da Portaria 540/2004, sem prejuízo da continuidade das fiscalizações efetuadas pelo MTE.

Entretanto, três meses após a revogação da lista suja, o governo federal anunciou, no dia 31 de março de 2015, a publicação de uma nova portaria interministerial que recriou o registro de empregadores flagrados com mão de obra análoga à de escravo, utilizando-se da Lei de Acesso à Informação (LEI Nº 12.527, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011) como amparo legal:

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

- I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
- II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
- III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
- IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
- V - desenvolvimento do controle social da administração pública.

A nova portaria, escrita com auxílio da Advocacia Geral da União (AGU), procurou elucidar um dos principais argumentos usados por Lewandowski para embasar sua decisão: a de que a portaria anterior, naquele momento revogada, não apontava procedimentos e instâncias a serem acionados pelos advogados de um empregador acusado por trabalho escravo, o que infringiria seu direito à ampla defesa.

Dessa maneira, a inclusão do nome do infrator no Cadastro só pode ocorrer após decisão administrativa final relativa ao auto de infração, lavrado em decorrência de ação fiscal, em que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos a condição análogas à de escravo (art. 2º Portaria Interministerial nº 2, de 12 de maio de 2011).

Além disso, a Fiscalização do Trabalho só poderá realizar monitoramento pelo período de dois anos da data da inclusão do nome do infrator no Cadastro, a fim de verificar a regularidade das condições de trabalho (art. 4º). O primeiro parágrafo do art. 4º diz que uma vez expirado o lapso previsto no caput, e não ocorrendo reincidência, a Fiscalização do Trabalho procederá à exclusão do nome do infrator do Cadastro, entretanto, a exclusão ficará condicionada ao pagamento de multas resultantes da ação fiscal, bem como da comprovação da quitação de eventuais débitos trabalhistas e previdenciários (§ 2º), sendo que a exclusão do nome do infrator do Cadastro previsto no art. 1º será comunicada aos órgãos arrolados nos incisos do art. 3º.

Para se antecipar eventuais críticas sobre o relançamento da lista suja, o texto da nova portaria cita a Lei de Acesso à Informação (LAI) como amparo legal para que a sociedade saiba os nomes dos empregadores cujos processos sobre trabalho escravo tenham transitado administrativamente em primeira e segunda instâncias.

Por fim, a Ministra Carmen Lúcia, em 24 de maio de 2016, decidiu que a ação direta de inconstitucionalidade 5.209/DF estava prejudicada, uma vez que em 31.3.2015, como mencionado acima, foi editada a Portaria Interministerial n. 2, pela qual revogado expressamente o ato normativo impugnado na presente ação. A Portaria Interministerial n. 2, de 31.3.2015 não apenas revogou a Portaria Interministerial n. 2, de 12.5.2011, como alterou, substancialmente, o conteúdo das normas ensejadoras do ajuizamento da presente ação, a impor o reconhecimento da perda de seu objeto. A Portaria Interministerial n. 2/2015 foi

posteriormente também revogada pela Portaria Interministerial n. 4, de 11.5.2016, conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

De acordo com a nobre Ministra, embora a Portaria Interministerial n. 4/2016 tenha reproduzido o núcleo essencial da Portaria Interministerial n. 2/2015 e acrescentado a possibilidade de celebração de termo de ajuste de conduta ou acordo judicial para reparação do dano causado pelo administrado alvo da fiscalização, o autor da ação descuidou de aditar a inicial e de promover o cotejo analítico das normas constantes da Portaria Interministerial n. 2/2011 e dos diplomas normativos supervenientes, a fim de justificar a persistência do objeto da ação, não se tendo de desconhecer que os pontos questionados na peça inicial da ação foram sanados na Portaria superveniente e revogadora daquela outra pelo que também por isso não se sustentariam eventual argumento quanto ao indevido seguimento ação, a qual transitou em julgado em 17 de junho de 2016.

Ademais, muitas empresas de grande porte se empenharam a abraçar medidas para sustentar suas cadeias produtivas longe do trabalho escravo. Estes varejistas, atacadistas, industriais e exportadores têm se negado a comprar produtos que sejam fruto do trabalho escravo, como há também outros fornecedores intermediários, como alguns frigoríficos, os quais se mobilizaram para afastar os produtores que se utilizam dessa prática exploradora. Assim sendo, o corte de despesas proporcionado ao produtor rural pelo emprego dessa categoria de mão-de-obra pode deixar de ser um negócio lucrativo (SAKAMOTO, 2006: s/p).

Todavia, tais atos se demonstram ineficientes, caso se encontrem desacompanhadas de penalidades aos empregadores que se favorecem dessas “relações de trabalho pré-capitalista” (RAMOS FILHO, 2008: 102).

Portanto, as implicações do plano ainda são mitigadas, pois estão sujeitas a suportarem contratempos se algumas tendências contrárias não forem rapidamente ilididas. Em meio a elas estão: a resistência do legislador em aprovar projetos legislativos relevantes como a proposta de emenda constitucional originando o confisco das terras onde forem flagradas práticas escravistas; a ideia autodestrutiva de setores patronais que permanecem negando o óbvio: a inexistência de trabalho escravo em território nacional; os entraves da máquina burocrática, comprimida pela ditadura do superávit primário e impossibilitada de atender a atual demanda.

4.2 Da PEC 438

O poder legislativo, depois de 19 anos de votação, aprovou Proposta de Emenda

Constitucional do confisco das terras de escravistas (PEC 438), modificação da legislação que já passou por muitos altos e baixos, pois a despeito do pacto contraído pelo Governo Lula em 13 de março de 2003, momento em que difundiu o Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo. Nessa ocasião, o que se notou é que poucas esferas do Governo buscaram pela aprovação da PEC, já que apenas o ministro do Desenvolvimento Agrário, o ministro do Trabalho e o Secretário Especial de Direitos Humanos se manifestaram explicitamente a respeito do tema, sendo que não houve nenhum tipo de declaração relevante das outras áreas governamentais sobre o assunto. Ora, nem mesmo a extermínio de Unai e a comoção que o fato gerou conseguiram modificar a situação, visto que na mesma ocasião foi necessário cobrar do governo que incorporasse a PEC na pauta da sessão extraordinária do ano de 2005, a qual não comportou essa matéria (PLASSAT, 2006).

A proposta de confisco de terras onde existir trabalho escravo foi apresentada em 1995, sendo que sua aprovação só ocorreu no ano de 2014.

A Presidência da Câmara constituiu comissão especial para analisar a PEC (SENADO, 2008: s/p). É de se mencionar que no ano de 2006, a bancada ruralista saiu vitoriosa, pois o arquivamento da PEC foi tão-somente mais uma das conquistas acumuladas pelos representantes dos ruralistas na tramitação da proposta na Câmara, visto que a bancada conseguiu delongar o andamento do projeto por intermédio das emendas admitidas na comissão especial, quais sejam: (a) houve a possibilidade de expropriação também das áreas urbanas onde se averiguava a prática do trabalho escravo; (b) ao contrário do que dizia o texto original do Senado, que determinava a desapropriação “imediate” da propriedade, estabeleceu-se que a desapropriação somente ocorreria após sentença judicial transitada em julgado, para assegurar a ampla defesa e o direito ao contraditório dos acusados; (c) antes das modificações da comissão especial, o fruto das expropriações seriam designados ao assentamento das vítimas do trabalho escravo, em momento posterior, foram destinados para a reforma agrária ou programas de habitação popular; (d) anteriormente, havia a possibilidade de retenção de parte do bem a ser expropriado em benefício do cônjuge e dos filhos menores, mesmo que não tivessem participação, direta ou indireta, no trabalho escravo, o que foi recusado pela comissão (VIANNA, 2006).

É importante que seja mencionado que embora tenham as emendas retardado a tramitação da PEC (o que pode ter sido feito de forma proposital ou não), as modificações realizadas no texto anterior, sobretudo as de subitem “a” e “b”, foram importantes e podem ser consideradas como razoáveis, já que garantiram dois princípios extremamente prestigiados na Magna Carta, quais sejam o da isonomia e o da ampla defesa e o contraditório.

A PEC 438 finalmente foi aprovada no dia 27 de maio de 2014, por unanimidade, prevendo a expropriação de imóveis rurais e urbano, onde se verifique a prática de trabalho escravo, alterando o artigo 243 da Constituição Federal:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. (NR)

Outro fator que, na época, trazia a sensação de impunidade aos donos de terras que mantinham trabalhadores em situação de neoescravidão era o de que ainda não se sabia de quem era a competência de julgar no âmbito penal os escravistas: a Justiça comum ou a Justiça Federal.

Ora, não há como negar que o Supremo Tribunal Federal demorou um longo tempo para examinar o assunto, que sempre esteve tão presente na realidade nacional, pois por causa de um pedido de vistas do Ministro Gilmar Mendes no processo que iria dirimir essa questão, a decisão tão aguardada ficou atascada por mais de anos na Suprema Corte.

Depois de um longo tempo, essa situação foi resolvida, pois o então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Joaquim Barbosa, proferiu, voto-vista no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 459510, interposto pelo Ministério Público Federal (MPF) contra decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) que remeteu para a Justiça de Mato Grosso denúncia de trabalho escravo na Fazenda Jaboticabal. O voto foi no sentido de dar provimento ao Recurso Especial para cassar a decisão do TRF-1 e declarar a competência da Justiça Federal para processar e julgar ação penal relativa ao crime de exploração de trabalho escravo, o qual está previsto, como já mencionado, no artigo 149 do Código Penal (STF, 2014).

De acordo com ex-ministro Joaquim Barbosa, o caso mencionado acima não podia ser considerado com diferente do julgado pelo Supremo no Recurso Especial 398041, atinente à denúncia de trabalho de escravo no Estado do Pará. Nesse caso, a maioria dos ministros determinou que a competência para julgar esse crime fosse da Justiça Federal (STF, 2014).

Portanto, o precedente do Supremo Tribunal Federal revelou que a sociedade brasileira se convenceu de que a manutenção da competência da Justiça Federal nesses casos é essencial para a segurança jurídica e o desenvolvimento social no país (STF, 2014):
O Plenário retomou julgamento de recurso extraordinário, afetado pela 2ª Turma, em que se discute a competência para processar e julgar ação penal por crime de

“reduzir alguém a condição análoga à de escravo” (CP, art. 149), se da justiça estadual ou federal — v. Informativos 556 e 573. Em voto-vista, o Ministro Joaquim Barbosa (Presidente) divergiu do entendimento do Ministro Cezar Peluso (relator) e proveu o recurso, para reconhecer a competência da justiça federal. Aduziu que esse caso seria similar ao tratado no RE 398.041/PA (DJe de 19.12.2008), oportunidade em que o STF teria firmado a competência da justiça federal para processar e julgar ação penal referente ao crime do art. 149 do CP. Ressaltou que, após aquele julgamento, teria se aprofundado o combate ao trabalho escravo no País, a indicar que a manutenção da competência da justiça federal na matéria seria essencial para a segurança jurídica e para o desenvolvimento social brasileiro. Asseverou que a Constituição traria robusto conjunto normativo voltado à proteção e à implementação dos direitos fundamentais, caracterizado pela preocupação com a dignidade humana e com a construção de uma sociedade livre, democrática, igualitária e plural. Assinalou que o constituinte teria dado importância especial à valorização da pessoa humana e de seus direitos fundamentais, de maneira que a existência comprovada de trabalhadores submetidos à escravidão afrontaria não apenas os princípios constitucionais do art. 5º da CF, mas toda a sociedade, em seu aspecto moral e ético. RE 459510/MT, rel. Min. Cezar Peluso, 1º.7.2014. (RE-459510); ADI 5136 (Informativo nº 752 do STF).

Para o ex-presidente do STF, a prática de redução à condição análoga à de escravo, caracterizava-se como crime contra organização do trabalho, o que atrai a competência da Justiça Federal, tudo de acordo com o inciso VI do artigo 109 da Constituição Federal:

O trabalho escravo afronta princípios fundamentais da Constituição e toda sociedade em seu aspecto moral e ético. O homem, compreendido na sua mais ampla acepção, abarcando aspectos atinentes à sua liberdade, autodeterminação e dignidade. Quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras não somente ao sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também do homem trabalhador, atingindo-o nas esferas que lhe são mais caras em que a Constituição Federal confere proteção máxima, são sim enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho e praticados no contexto de relações do trabalho (STF, 2014).

Observa-se também que as intervenções de libertação de trabalhadores do governo federal comprovam que quem escraviza no Brasil não pode ser considerado um proprietário desinformado, o qual seria dono de terras localizadas em regiões atrasadas e antiquadas. Pelo contrário, em boa parte das situações, são grandes latifundiários, que desenvolvem seus negócios com alta tecnologia para o mercado consumidor interno ou até mesmo para o mercado internacional (SAKAMOTO, 2006).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Difícil tarefa é a de se concluir um trabalho de larga abrangência, visto que a escravidão e os meios pelos quais se tenta a sua extinção também têm resultados abrangentes na sociedade.

O termo “condições degradantes de trabalho” não é um termo dúbio, pois o que é tutelado pelo art. 149 do CP não é só a liberdade, mas também a dignidade da pessoa humana, pois quando transgredido, o indivíduo é extraído dessa condição e transformado em objeto,

meros aparelhos descartáveis do trabalho. Portanto, é importante que se conserve a punição para quem desrespeita a dignidade do trabalho, sujeitando-o a condições de abrigo, alimentação, trabalho, higiene, segurança bárbaras, sendo que estas situações degradantes são configuradas por um conjugado de autuações contra situações que colocam em risco a própria vida do obreiro;

A terminologia “jornada exaustiva” não pode ser considerada um termo impreciso, pois jornada exaustiva não tem relação apenas com a duração da jornada de trabalho, mas sim, com a saúde e a segurança, de forma sistemática, a um esforço descomunal, sem o período suficiente para o obreiro se recuperar fisicamente, situação esta que pode levar a prejuízos à saúde ou ao risco de morte. Em tal jornada fatigante, há a negatória do direito de trabalhar de forma a blindar a saúde, garantir o devido repouso e permitir a convivência social, admitindo-se valor à análise do ritmo de trabalho imposto ao obreiro, quer seja pela cobrança de produtividade muitas vezes inatingível, quer seja pela indução à exaustão corporal como forma de obter melhora no ordenado ou na conservação do ofício;

Em que pese a discordância no campo terminológico, percebe-se crescente convergência de opiniões no que se refere à ideia que guia o entendimento das três (ou até mesmo quatro) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua rumo existencial inaugural com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa se encontram em constante procedimento de mutação, culminando com a recepção nos catálogos constitucionais e na seara dos direitos internacional, de múltiplas e distinguidas posições jurídicas, cuja substância e tão variante quanto as mudanças ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos anos;

No campo dos direitos sociais, atenta-se para a conjuntura de que estes não tratam só de direitos de caráter positivo, mas também as chamadas “liberdades sociais”, os quais são exemplificados pela alvedrio sindical e pelo direito de greve, assim como pelo reconhecimento de direitos fundamentais a obreiros;

A publicação da portaria interministerial que recriou o registro de empregadores flagrados com mão de obra análoga à de escravo, utilizando-se da Lei de Acesso à Informação (LEI Nº 12.527, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011) como amparo legal conseguiu elucidar um dos principais motivos para sua crítica: a de que a portaria anterior, naquele momento revogada, não apontava procedimentos e instâncias a serem acionados pelos advogados de um empregador acusado por trabalho escravo, o que infringiria seu direito à ampla defesa, pois a inclusão do nome do infrator no Cadastro só pode ocorrer após decisão administrativa final

relativa ao auto de infração, lavrado em decorrência de ação fiscal, em que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos a condição análogas à de escravo. Afora isso, a Fiscalização do Trabalho só poderá realizar monitoramento pelo período de dois anos da data da inclusão do nome do infrator no Cadastro, a fim de verificar a regularidade das condições de trabalho; uma vez expirado o lapso previsto no caput, e não ocorrendo reincidência, a Fiscalização do Trabalho procederá à exclusão do nome do infrator do Cadastro, entretanto, a exclusão ficará condicionada ao pagamento de multas resultantes da ação fiscal, bem como da comprovação da quitação de eventuais débitos trabalhistas e previdenciários, sendo que a exclusão do nome do infrator do Cadastro será devidamente comunicada.

O desempenho dos Grupos Móveis, a despeito da participação da Polícia Federal e do Ministério Público do Trabalho, vem sofrendo, ao longo dos anos, fortes influências políticas e questionamentos judiciais (em ação proposta pelos empregadores). Além dessas influências, o trabalho de campo envolve risco abundante de incidentes e de violência (o que, infelizmente já ocorreu em algumas ocasiões), impondo ao Ministério do Trabalho e Emprego e sua Secretaria de Inspeção a eleição severa dos auditores fiscais voluntários para executá-lo. Essas vulnerabilidades têm sido diminuídas pelo apoio claro das autoridades responsáveis pelo Programa de Erradicação do Trabalho Escravo, não só no domínio do Ministério do Trabalho, mas da Polícia Federal, do Ministério Público do Trabalho, da Procuradoria da República, da Advocacia Geral da União e da Secretaria Nacional de Direitos Humanos. Além do apoio do Estado, o trabalho é sempre reforçado e monitorado pela rede de parceiros não governamentais que integram a CONTRAE, sobretudo a Comissão Pastoral da Terra a ONG Repóter Brasil e a Organização Internacional do Trabalho – OIT. O Legislativo Federal também contribuiu para a ininterrupção da eficácia do trabalho, principalmente o Senado Federal através da Subcomissão criada em 2010 para tratar do tema e da PEC 438 e o Judiciário Federal tem proferido decisões que garantem maior nitidez e objetividade aos conceitos e à legalidade das condutas do agente públicos.

Ademais, como acima mencionado, é de se dar importância para a maneira seletiva da atuação da jurisdição penal quanto às classes sociais de maiores condições financeiras, pois já se confirmou que de modo excepcional se punem infratores integrantes das classes sociais dominantes.

Sendo assim, consistir-se-ia ingenuidade se presumir que, de uma hora para outra, o Estado passasse a fazer incidir toda a autoridade da coação penal sobre empregadores envolvidos em práticas escravistas, visto que é de se reconhecer que, no contemporâneo complexo normativo vigente, não foi para essa categoria social que se arquitetou o aparelho

prisional.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DUSSEL, Henrique. **20 teses políticas**. 1ª ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007.
- FINLEY, Moses I. **Escravidão antiga e ideologia moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1991.
- GOMÇALVES, Vera Olímpia. **Dados do Grupo Especial de fiscalização móvel**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ea/v14n38/v14n38a05.pdf>
- GUARINELO, Norberto Luiz . **Escravos sem senhores: escravidão, trabalho e poder no mundo romano**. In Rev. Bras. Hist. Vol. 26 n° 52. São Paulo Dec. 2006. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01882006000200010
- HANARD, Gilbert. **Droit romain – Notions de base – Concept de droid; Sujets de droid. Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles**: 1997. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=U8VCeFcREGcC&pg=PA161&dq=capitis+deminutio+maxima+droit+romain&hl=pt-BR&sa=X&ved=0CCIQ6AEwAWoVChMIuPqQr9rdxwIVhYiQCh01bQuR#v=onepage&q=capitis%20deminutio%20maxima%20droit%20romain&f=false>
- HASHIZUME, Maurício. **Pressão para aprovar “PEC do Trabalho Escravo” é intensificada**. Acesso em 09/0/2015. <http://reporterbrasil.org.br/2008/06/pressao-para-aprovar-quot-pec-do-trabalho-escravo-quot-e-intensificada/>
- HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, 2ª ed, aum., Karlsruhe, 4ª ed., 1970 e 13ª ed. Aum. Heidelberg, 1982.
- KRAUSEN, Peter. **Die Entwicklung der sozialen Grundrechte in: Graund-und Freiheitrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte**, Gottingen: Van denhoeck & Reprecht, 1921.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**. Companhia das Letras, 1991.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da Metodologia científica**. 7ª ed. Ver. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.
- MOREIRA, Daniel Augusto. **O método fenomenológico na pesquisa**. São Paulo: Pioneira Thomson, 2002.
- NABUCO, Joaquim. **A escravidão**. Recife: FUNDAJ, Editora Massangana, 1988.
- NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania Social na Constituição de 1998 – Estratégias**

de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

Notícias STF. **Ministro Joaquim Barbosa profere voto sobre competência para julgar trabalho escravo.** Acesso em 08/04/2015.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=270215>

PISARELLO, Gerardo. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado.** Disponível em: <http://132.248.65.10/publica/rev/boletin/cont/92/art/art7.htm>>. Acesso em 22/11/2014

PLASSAT, Xavier. **Erradicação do trabalho escravo? Ficou para outra vez.** In Repórter Brasil. Acesso em 08/04/2015. <http://reporterbrasil.org.br/2006/04/artigo-erradicacao-do-trabalho-escravo-ficou-para-outra-vez/>

CAMARGO, Beatriz. **Governo cumpre parte do acordo com OEA sobre trabalho escravo.** In Repórter Brasil. <http://reporterbrasil.org.br/2006/05/governo-cumpre-parte-do-acordo-com-oea-sobre-trabalho-escravo/>

RAMOS FILHO, Wilson. **Neo-escravismo no Brasil contemporâneo: crime e castigo.** In Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 48, p. 87-106, 2008.

RICHARDSON, R. J. **Pesquisa Social: métodos e técnicas.** 3. Ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SAKAMOTO, Leonardo. **O trabalho escravo e as exportações.** Disponível em: <http://cartamaior.com.br/?/Coluna/O-trabalho-escravo-e-as-exportacoes-/21756>. Acesso em 29/04/2015.

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

SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre,** reimp. Berlim, Neukoeln, 1954.

SENADO. **PEC 438 é considerada a segunda Lei Áurea.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/NOTICIAS/JORNAL/EMDISCUSSAO/upload/201102%20-%20maio/infos/info14.jpg>. Acesso em 28/09/2015

VIANNA, Andrea. **Ficou para a próxima legislatura.** In Congresso em Foco. Acesso em 31/03/2015: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/25-mil-trabalhadores-escravos-em-todo-o-pais/>. 05/01/2006.