

UNISUL DE FATO E DE DIREITO

Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina



UnisulVirtual



UNISUL DE FATO E DE DIREITO

ANO IX | Nº 17
JULHO A DEZEMBRO | 2018



Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer meio sem a prévia autorização desta instituição.
Copyright © UnisulVirtual 2018.



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

Reitor

Mauri Luiz Heerd

Vice-Reitor

Lester Marcantonio Camargo

Pró-Reitor de Ensino, Pesquisa, Pós-graduação, Extensão e Inovação

Hércules Nunes de Araújo

Pró-Reitor de Administração e Operações

Heitor Wensing Júnior

Assessor de Marketing, Comunicação e Relacionamento

Fabiano Ceretta

Diretor do Campus Universitário de Tubarão

Rafael Ávila Faracor

Diretor do Campus Universitário da Grande Florianópolis

Zacaria Alexandre Nassar

Directora do Campus Universitário UnisulVirtual

Ana Paula Reusing Pacheco

Campus Universitário UnisulVirtual

Directora

Ana Paula Reusing Pacheco

Gerente de Administração e Serviços Acadêmicos

Renato André Luz

Gerente de Ensino, Pesquisa, Pós-graduação, Extensão e Inovação

Moacir Heerd

Gerente de Relacionamento e Mercado

Guilherme Araujo Silva

Gerente da Rede de Polos

José Gabriel da Silva

Universidade do Sul de Santa Catarina
Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina

UNISUL DE FATO E DE DIREITO

ANO IX | Nº 17
JULHO A DEZEMBRO | 2018



Unisul De Fato e De Direito

Rosângela Tremel MSc.

Editor-chefe

OAB/SC 13.891 | DRT/SC 919-JP

Conselho Editorial

Prof. Dr. Adolfo Mamoru Nishiyama - UNIP
Prof. Dr. Alex Sandro Sommariva - UNISUL
Prof^a. MSc. Ana Márcia Marquez Targa - OAB/SP
Prof. Dr. Baltazar de Andrade Guerra-UNISUL
Prof. Dr. Felipe Asensi - UERJ
Prof. Dr. Gilberto Fachetti - UFES
Prof. Dr. José Calvo Gonzáles - Universidade de Málaga
Prof. Dr. José Eduardo de Miranda - Universidade de Deusto
Prof^a. Dr^a. Karla Leonora Dahse Nunes - UNISUL
Prof. MSc./Doutorando Leonardo Andreotti Paulo de Oliveira - Instituto Brasileiro de Direito Desportivo
Prof. Msc. Lester Marcantonio Camargo - UNISUL
Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva - UEPB
Prof. MSc. Mauricio Daniel Moncons Zanotelli - UNISUL
Prof. Dr. Miguel Gutiérrez Bengoechea - Universidade de Málaga
Prof^a. Dr^a. Milene Pacheco Kindermann - UNISUL
Prof. Dr. Omar Toledo - Universidade Nacional Mayor de San Marcos
Prof^a. Esp. Rejane Johansson - UNISUL
Prof. Dr. Rennan Faria Kruger Thamay - FADISP
Prof. Dr. Sidney Eloy Dalabrida - UNISUL
Prof^a. MSc. Solange Büchele S.Thiago- UNISUL
Prof^a. Esp. Tatyane Barbosa Phillipi- UNISUL
Prof^a. Esp./Doutoranda Virginia Lopes Rosa- UNISUL
Prof. MSc. Zacaria Alexandre Nassar - UNISUL

Pareceristas Permanentes

Prof. MSc./Doutorando Alexandre Botelho - UNISUL
Prof. Dr. Bruno Stigert - Estácio de Sá Juiz de Fora
Prof. Msc. Evinis Talon - UNISC
Prof. Dr. Jonathan Regis - UNIVALI
Prof. MSc. Paulo Carvalho - UNISUL
Prof. Dr. Rafael Freire Ferreira - UNIME
Prof^a. Dr^a. Regina Celia Pezzuto Rufino - UNIP
Prof. Dr. Rodrigo Ferreira - UEPB

Créditos

Assessoria de Ensino UnisulVirtual

Lis Airê Fogolari

Projeto editorial

Frederico Trilha

Diagramação

Frederico Trilha

Capa

Foto: Museu do Holocausto de Berlim: uma releitura abstrata

Fotógrafo: Tycho Brahe Fernandes (autorretrato-alheio.blogspot.com.br)

ISSN

2358-601X

UNA- Ciências Sociais, Direito, Negócios e Serviços

U49

Unisul de fato e de direito : revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina / Universidade do Sul de Santa Catarina. – v. 1, n. 1 (jul./dez. 2010) – . Palhoça : UnisulVirtual, 2018.

Semestral
ISSN 2177-5303
e-ISSN 2358-601x

1. Direito. I. Universidade do Sul de Santa Catarina.

CDD 340

Sumário

EDITORIAL

DE FATO

CAED-JUS: REVISTA DE FATO E DE DIREITO EMPRESTA NOME À SALA DO CONGRESSO JURÍDICO CAED-JUS	11
NO PORTAL DA UNISUL	12
CONSELHEIROS EM DESTAQUE	13

DE DIREITO

DIREITOS HUMANOS: DE FATO E DE DIREITO UMA JORNADA DE 70 ANOS

A VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONSTITUI UMA FORMA DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	17
--	----

Alice Bianchini

AS TRÊS VERTENTES DO SISTEMA PENITENCIÁRIO: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA, SOCIAL E CARCERÁRIA	31
--	----

Andréia Cotinc Cosme

Kacem Raimondi Martins

A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DO ATIVISMO JUDICIAL TRANSNACIONAL: AÇÕES ENGAJADAS E PARTICIPATIVAS	45
--	----

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori

Marlise da Rosa Luz

A REALIDADE DO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO E A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	57
---	----

Jonathan Cardoso Régis

LA FRAGILIDAD DE LOS DERECHOS	73
-------------------------------------	----

José Calvo González

DA TRANSVERSÃO POLÍTICA DO JURÍDICO AO FLAGELO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A INCONTINENTE DESEFICACIZAÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS, NO APOGEU DOS 70 ANOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS	85
---	----

José Eduardo de Miranda

Andréia Corrêa Lima

A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS DEPOIS DO DECRETO Nº 9.175/2017	99
--	----

Júlio Moraes Oliveira

DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NA FRONTEIRA ENTRE DIREITO E ECONOMIA: A EFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL	107
---	-----

Marco Aurélio Souza da Silva

Maria Berenice Dias

CONDENAÇÕES NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DA OEA: UMA FOTOGRAFIA DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA	131
---	-----

Milene Pacheco Kindermann

DIREITOS HUMANOS NO IMAGINÁRIO ARTÍSTICO DE CLARICE LISPECTOR: O PÁSSARO DA LIBERDADE	141
---	-----

Miriam Coutinho de Faria Alves

PROJETO DE LEI N. 3734/2012 E SÚMULA 605 DO STJ: O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ESQUECIDO	151
--	-----

Patrícia Rodrigues de Menezes Castagna

AS FACETAS DO NEOLIBERALISMO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA SOCIOEDUCAÇÃO DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI NO SUDESTE BRASILEIRO	159
--	-----

Tatiana Emmerich

DIREITO: DE SUSTENTABILIDADE JURÍDICA E SISTÊMICA

REPUTAÇÃO DIGITAL NO FACEBOOK, SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL E O CONSUMIDOR	171
---	-----

Adriano Augusto Fidalgo

O PAPEL DO ADVOGADO NA NEGOCIAÇÃO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA	183
--	-----

Bicla Jr.

Glaucia Guliso Fernandes

COMO ACERCAR EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO LABORAL A LOS FUNDAMENTOS DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO	193
--	-----

Omar Toledo Toribio

OS PROBLEMAS BIOÉTICOS EM OS VINGADORES: REFLEXÕES SOBRE O PÓS-HUMANISMO E A ÉTICA DO FUTURO	219
---	-----

Pedro Ernesto Neubarth Jung

"Apenas uma guerra é permitida à espécie humana: a guerra contra a extinção [...]".

O QUE ESTAMOS PESQUISANDO

DIRETRIZES PARA AUTORES

Editorial

Esta é uma edição especial e isto já pode ser percebido desde a capa: pela primeira vez usamos a geometria para ilustrar nossa Revista.

A fotografia, assinada por Tycho Brahe Fernandes, é uma leitura muito particular de sua ida ao Museu do Holocausto, em Berlim, quando ele fez uma foto abstrata, tirou o foco, deixou fortes os contrastes, desafiando o leitor a descobrir do que se trata. As nuances da cor branca, que chegam ao amarelado total, e dos tons de preto que se desfazem em um quase grafite, indicam a graduação dos absurdos cometidos na segunda guerra. O objetivo é nos fazer, a todos, pensar, em situações que se materializam em matizes sutis. Esta é a moldura figurativa da edição De Fato e De Direito alusiva aos 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH - 10 de dezembro de 1948), sem deixar de reverenciar a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 2 de maio de 1948, que precedeu a DUDH em sete meses. Ambas fazem a diferença nos cenários pelos quais todos nós hoje gravitamos.



São as nuances, as sutilezas na percepção destes institutos que se entrelaçam em prol da humanidade, pelas quais permeiam autores da maior grandeza, referências em suas áreas de estudos, professores doutores e pesquisadores que aplicam e socializam o saber para aprimorar o mundo em que vivemos. Generosos, todos os nomes que compõem esta edição compareceram ao chamado e deixam registradas nestas páginas suas impressões sobre o que, muitas vezes, resumimos na pergunta: Que mundo é este?

Há temas únicos, diferentes abordagens, impressões as mais diversas e o leitor poderá pensar a questão dos direitos humanos a partir de francas provocações, construindo solidamente sua posição, sua verdade, garimpando fatos, crenças e valores ao longo de nossas páginas.

Se esta Seção traz uma sucessão de grandes nomes, a sustentabilidade jurídica e sistêmica, baluarte de nosso periódico, não deixa de estar magistralmente representada e marca nossa essência com galhardia própria daqueles que respiram juridicidade.

Há assunto para todos os públicos, de todas as correntes. Desejamos a todos uma profícua leitura.

Rosângela Tremel

Editor-chefe

DE FATO



Caed-jus: Revista De Fato e De Direito empresta nome à sala do Congresso Jurídico CAED-Jus

A Revista Jurídica Unisul De Fato e De Direito foi homenageada pela equipe do CAED-Jus (Congresso de Altos Estudos em Direito), maior momento jurídico online da América Latina e crescendo mundo afora, denominando uma das salas virtuais, no período de 20 a 22 de junho.

Parceiros de longa data, a Revista e o CAED-Jus têm história para contar juntos. Alguns autores de destaque em nosso periódico nos conheceram através deste evento sem fronteiras, submeteram seus artigos e publicaram conosco.

Liderado pelo nosso Conselheiro Editorial, Felipe Asensi, o CAED-Jus é data que se impõe no calendário jurídico nacional.

De fato e de direito, a Revista da Unisul agradece a homenagem e reafirma seu propósito de seguir parceira nesta trajetória de sucesso.

No Portal da Unisul

Coletânea de Revista Jurídica está disponível para download gratuito em plataforma digital

12 de julho de 2018

A coletânea da Revista Jurídica da Unisul, Doze Lições De Fato e De Direito, está disponível para consulta e download gratuito no catálogo de obras da Editora da Universidade Estadual da Paraíba (Eduepb), em parceria com a Unisul.

Desde o ano passado, 2017, a Revista Jurídica da Unisul integra o acervo da plataforma Scielo, conhecida mundialmente e que já soma mais de três milhões de acessos ao mês, sob selo editorial que hospeda alguns vencedores do disputado Prêmio Jaboti.

Revista Jurídica Doze Lições De Fato e De Direito

A coletânea Doze Lições De Fato e De Direito compartilha diferentes assuntos desde análise literária da obra de Jorge Amado, à saúde mental, monitoramento eletrônico de presos e questões ambientais.

Com a repercussão do projeto inovador, o professor Zacaria Alexandre Nassar, diretor do Campus da Grande Florianópolis, destaca a atenção que a Unisul dispensa às inovações tecnológicas e à reconhecida qualidade de seu curso de Direito. “A Unisul, em parceria de sucesso com a Editora da Universidade Estadual da Paraíba, inovou na disseminação do conhecimento na área jurídica e ganhou espaço na biblioteca do futuro, ampliando o acesso de todos com download gratuito”.

O acervo é organizado pelos autores e professores da Unisul, Rosângela Tremel, Virginia Lopes Rosa e Zacaria Alexandre Nassar, para integrar o catálogo lançado em 2017, que marcou o encerramento do semestre, 2018/1, e segue para contínua produção da Euepb ao lado de grandes nomes, explica a professora Virginia Ros, coordenadora do curso de Direito da Unidade Pedra Branca: “Parceria das mais exitosas que uniu, indelevelmente, duas regiões do Brasil continental, ampliou exponencialmente o objetivo da Revista desde que era mero projeto e referendou o fato de que oferecemos acesso crescente de artigos de qualidade para alunos que buscam novos olhares sobre o multifacetado estudo do direito”.

A capa traz paisagem típica açoriana clicada por Tycho Brahe Fernandes, marca registrada da Revista, cujo conteúdo reúne autores de Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Paraná e São Paulo. “Dentre eles há professores doutores de expressão internacional, egressos da Unisul que se destacam no mercado de trabalho, professores por vocação e dedicação”, assinala a editora-chefe da Revista”, Rosângela Tremel.

Já o editor da Eduepb, professor Luciano Nascimento conta que o catálogo permite ao leitor acessar diversos títulos. “É importante divulgar o acervo on line como um todo a cada semestre, cumprindo a função social de disseminar o saber a um clique de distância”.

Conselheiros em destaque

Brasil e Espanha na Itália

Dois dos Conselheiros Editoriais de nossa Revista se encontraram em congresso na Itália, no mês de fevereiro. Luciano Nascimento (UEPB- Paraíba) e José Calvo (Universidade de Málaga-Espanha) estiveram juntos no Convegno Internazionale - Ecologia del Non- Sapere - del Centro di Studi Sul Rischio dell'Università del Salento, fundado por Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi. Na confraternização destes nobres professores, registrada em fotos e notas, nossa Revista De Fato e De Direito foi mencionada.

Atitude para ganhar altitude

José Eduardo de Miranda, nosso Conselheiro Editorial, é Ph.D. em Direito. Professor universitário, jurista e escritor, é membro do Grupo Internacional de Pesquisa International Association of Cooperative Law (AIDC)/Universidade de Deusto/Espanha; da Cátedra UNESCO de Formação de Recursos Humanos para América Latina, da Universidade de Deusto/Espanha; da Cátedra Euroamericana de Protección Jurídica de Los Derechos de Los Consumidores, da Universidade de Cantábria/Espanha; do Instituto de Estudos Cooperativos, da Universidade de Deusto/Espanha.

Recebeu o prêmio de melhor trabalho de pesquisa, conferido pela AIDC/ Universidade de Deusto/Espanha; e o prêmio Ortazar de Literatura, concedido pelo Diário Deia, na Espanha.

O autor, que considera parte de seu desígnio colaborar com alunos e profissionais, para que suas escolhas sejam sinônimo de sucesso, após publicar "Mal dita facul..tô dentro, e agora", rapidamente esgotado, em julho, lançou SUSTENTABILIDADE EMOCIONAL: ATITUDE PARA GANHAR ALTITUDE. Ele define este trabalho como aquele " momento intimista para falar de inteligência, emoções e felicidade". Vale para todos os que buscam aprimoramento constante no cenário mundial em franca ebulição. Sob o selo Multifoco, a obra é assim apresentada:

"Existe uma fórmula para a felicidade? Por que algumas pessoas inteligentes não conseguem alcançar o sucesso? As emoções individuais afetam a produtividade de um grupo? Diante das exigências de um mundo em constante transformação, a inteligência cognitiva deixa de ser a principal responsável pelo triunfo pessoal. O equilíbrio das emoções e a cooperação emocional ganham protagonismo na busca pelo sucesso. Nesse sentido, José Eduardo de Miranda aborda, em SUSTENTABILIDADE EMOCIONAL, o redimensionamento das emoções individuais, exaltando as atitudes necessárias à realização plena de cada um, seja no universo pessoal ou corporativo."

La destreza de Judith, una sensible reconstrucción cultural del Derecho pelas mãos de uma mulher.

José Calvo González (Sevilla, España. 1956), Conselheiro de nossa revista e Dr. em Direito pela Universidade de Málaga (Espanha), Doutor Honoris Causa pela Universidade Ricardo Palma (Lima, Peru), é professor de Filosofia do Direito na Universidade de Málaga. Cultiva como linhas prioritárias de investigação “Teoria Narrativista do Direito”, “Direito e Literatura” e “Cultura Visual do Direito”. Entre seus trabalhos mais recentes estão *El escudo de Perseo. La cultura literaria del Derecho* (Edit. Comares, Granada, 2012), *Dereito curvo* (Porto Alegre, 2013), *Marginalias jurídicas en el Smithfield Decretals*, Valencia, 2015), *o Justicia constitucional y Literatura* (Lima, 2016), bem como a coordenação e edição de *Derecho y Literatura hispánica* (Pisa-Roma, 2014), *De la Ley, ¿o será ficción?* (Madrid, 2016) y *Borges en el espejo de los juristas. Derecho y literatura borgeana*, Cizur Menor. Navarra, 2016), brinda a todos nós, seus leitores contumazes com novo livro: *La destreza de Judith*.

As breves palavras do autor sobre a obra nos deixam ainda mais ansiosos para lê-la na integralidade:

“Diría que los estudios de Cultura literaria del Derecho aquí reunidos bajo título de *La destreza de Judith* se calzan de las sandalias que deslumbraron los ojos de Holofernes y, aunque la figura y detalle de realce luminoso no haya sido revelado por la imaginación de los artistas, la idea de aquellas modestas pero seductoras sandalias me parece que suscita una metáfora valedera para los juristas, pues de su asombroso imperio también debería cubrirse la guía de los pasos de un jurista que no descamine el sendero que conduce al Triunfo del Derecho. Y, en ese sentido, creo que la Literatura es la mejor máquina para guarnecer esas sandalias. Un jurista, además, tampoco habría de perder de vista la hermosura del rostro de Judith, que sí han plasmado muy diversos pintores. He elegido conscientemente la virtuosa representación que de él nos ofrece Caravaggio. Allí su belleza, pienso, no está en la representación de los rasgos de un semblante juvenil –era Judith casi una adolescente todavía, en verdad preciosa– sino, más bien, en la mueca no insensible de su gesto. Así, el rostro figurado es hermoso no por servir de semblante a la gesta, sino por el gesto con que la encara. Ese gesto es la semblanza de su destreza. La Cultura literaria del Derecho, como sucediera con Judith, se instala en una zona de incomfort. Por su vocación crítica planta cara a la domesticación hermenéutica del jurista. La Cultura literaria del Derecho acomete el desafío de recorrer el velo de la situación dogmática, como Judith irrumpiendo en la tienda de Holofernes para cambiar la situación de los sentenciados a la vergüenza y al despotismo. En consecuencia, asume miradas incómodas, miradas a la parte maldita del Derecho; a su raigambre (ideo)lógica, a la violencia de su función represiva, a la estética perversa de su arte cuando escinde desorden e injusticia, a su contracción del otro, a sus esclarecidas metáforas sobre el honor, a su prejuiciosa representación de la cohesión social ..., incluso a la gratificación simbólica de su superioridad civilizatoria. La Cultura literaria del Derecho mira en esa parte maldita, y la mueca no insensible al observar el monstruo que el Derecho también lleva dentro es el gesto virtuoso –diestro– que salva y reconcilia ante dilemas de lealtad entre el Alma y la Ley. La Cultura literaria del Derecho revela y adiestra acerca de esos arduos dilemas electivos y sus paradojas.

Este libro, pues, elogia la destreza de Judith, y en su celebración la imita en mira a una reconstrucción cultural sensible del Derecho “por mano de mujer”, por mano de la Literatura.”

DE DIREITO

**DIREITOS HUMANOS:
DE FATO E DE DIREITO UMA
JORNADA DE 70 ANOS**



A VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONSTITUI UMA FORMA DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

LA VIOLENCIA DE GÉNERO CONSTITUYE UNA FORMA DE VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Alice Bianchini¹

Resumo: Com a entrada em vigor da Lei Maria da Penha logo surgiram questionamentos acerca da interpretação a ser dada ao art. 6º, o qual prevê que “A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.” A principal insurgência com o conteúdo do artigo antes transcrito foi elaborada por meio dos seguintes questionamentos: a violência contra os homens não seria, também, uma forma de violação de direitos humanos? Por qual motivo não englobar todas as categorias sexuais? A busca a tais respostas é o tema do presente artigo.

Palavras-Chave: Violência contra a mulher. Direitos Humanos. Gênero. Lei Maria da Penha.

Resumen: Con la entrada en vigor de la Ley Maria da Penha pronto surgieron cuestionamientos acerca de la interpretación a ser dada al art. 6º: “La violencia doméstica y familiar contra la mujer constituye una de las formas de violación de los derechos humanos.” La principal insurgencia con el contenido del artículo antes transcrito fue elaborada por medio de los siguientes cuestionamientos: la violencia contra los hombres no ¿sería también una forma de violación de derechos humanos? ¿Por qué no englobar todas las categorías sexuales? La búsqueda de tales respuestas es el tema del presente artículo.

Palabras Clave: Violencia contra la mujer. Derechos humanos. Género. Ley Maria da Penha.

1 INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor da Lei Maria da Penha logo surgiram questionamentos acerca da interpretação a ser dada ao art. 6º, o qual prevê que “A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.”

A principal insurgência com o conteúdo do artigo antes transcrito foi elaborada por meio dos seguintes questionamentos: a violência contra os homens não seria, também, uma forma de violação de direitos humanos? Por qual motivo não englobar todas as categorias sexuais? A busca a tais respostas é o tema do presente artigo.

¹ Doutora em Direito penal pela PUC/SP, mestre em Direito pela UFSC, especialista em Teoria e Análise Econômica pela Universidade do Sul de Santa Catarina Unisul-SC e em Direito Penal Econômico Europeu, pela Universidade de Coimbra/IBCCrim. Foi professora do Departamento de Direito Penal da USP e do Curso de Mestrado em Direito da Uniban-SP. Leciona em diversos cursos de especialização. Integrante da Comissão Nacional da Mulher Advogada - OAB Federal. Autora de vários livros e de artigos publicados em periódicos nacionais e estrangeiros, dentre eles, Lei Maria da Penha. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Autora do Curso Virtual Estude Lei Maria da Penha: mais de 100 questões criminais controvertidas (estudeleimariadapenha.com.br)

2 A VIOLÊNCIA DE GÊNERO E OS DIREITOS HUMANOS

Se considerarmos que todo tipo de violência fere os direitos humanos não haveria porque inserir, na Lei Maria da Penha, o disposto em seu art. 6º antes transcrito. No entanto, o que motivou sua inclusão no texto da Lei foi o propósito afirmar a importância na luta pelo fim desse tipo de violência. Essa lei não é somente da mulher que foi vítima de qualquer tipo de violência, mas da família, do Estado e da sociedade, que devem buscar a igualdade entre as pessoas e a dignidade de todos.²

Foi na Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, ocorrida em Viena, 1993, que pela primeira vez utilizou-se a expressão “os direitos das mulheres são direitos humanos”. Pouco tempo depois, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção Belém do Pará tratou a violência contra a mulher da mesma forma. Dentre os muitos avanços representados pela Lei Maria da Penha, talvez o mais significativo seja o estabelecimento definitivo da discriminação e violência de gênero como forma de insulto aos direitos humanos.

Ao longo dos séculos, ao menos no Ocidente, o condicionamento do corpo biológico a um modelo de comportamento produziu uma série de estereótipos, levando a crenças culturais de que pessoas pertencentes a cada um dos sexos deveriam ocupar lugares sociais pré-determinados: aos homens, o espaço público; à mulher, o espaço doméstico. Essa estereotipagem contribuiu para a discriminação e a intollerância, levando à violação de direitos praticada em razão do gênero, como se verifica em condutas misóginas ou de violência.

Como bem observa Ana Lucia Sabadell, citando Frances Olsen, na civilização ocidental, predomina um sistema dualista de pensamento: racional/irracional; ativo/passivo; abstrato/concreto, sendo os primeiros identificados ao masculino, e, os segundos, ao feminino, significando “que se atribuem às mulheres características ‘inferiores’ como a irracionalidade, o sentimentalismo, a passividade. Essa é uma forma de organizar o pensamento e, conseqüentemente, as relações sociais entre indivíduos de sexos diferentes, garantindo a supremacia masculina.”³ É nesse contexto que surge o debate sobre direitos especificamente femininos.

Os direitos fundamentais, na lição de Canotilho, têm por objetivo a defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva:

- a) plano jurídico: implicam normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo-os, prioritariamente, de adentrar a esfera jurídica individual;
- b) plano jurídico-subjetivo: constituem o poder de exercer positivamente direitos fundamentais e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).⁴

A realocação dos direitos das mulheres, elevando-o à categoria de direitos humanos, redimensiona o tema.

O equacionamento da discriminação das mulheres em termos de problemática da violação dos seus direitos permite fazer exigências em termos que a comunidade internacional já aceitava nomeadamente para alguns grupos, como, por exemplo, os grupos étnicos. Este enquadramento permite ainda encontrar uma plataforma comum para as exigências diversificadas das mulheres nos vários pontos do globo, e definir estratégias de mudança.⁵

2 SÃO PAULO. Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Revista do Nudem. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/41/Revista_viol%C3%Aancia%20dom%C3%A9stica.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

3 SABADELL, Ana Lucia. Manual de Sociologia Jurídica. 5. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 270.

4 CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. Violência doméstica: análise da Lei “Maria da Penha”, n. 11.340/06. 3. ed. Salvador: Podivm, 2010, p. 86-87.

5 Idem, p.116-7.

A comunidade internacional, por meio de intelectuais, artistas, ONGs e governos, tem feito pressão no sentido de estabelecer patamares civilizatórios em diversas questões, incluindo as ofensas contra as mulheres. Compreender a discriminação de gênero como insulto aos direitos humanos implica a possibilidade de os Estados tornarem-se atores atuantes na contenção desses abusos, bem como de responsabilizá-los, sejam eles perpetrados na esfera pública ou na esfera privada. Ademais, permite que se tomem as contas dos governos acerca de medidas preventivas para elidir as violações.

A mulher, tanto no Brasil, como em todas as outras partes do mundo, ainda sofre muita violência baseada no gênero. Para se ter uma ideia da dimensão do problema, citam-se algumas situações específicas, relatadas pela advogada iraniana e ativista de Direitos Humanos Shirin Ebadi⁶:

- No Irã, até poucos anos atrás, a mulher não podia ter documento de identidade. Mesmo com a permissão para documentarem-se, as mulheres seguem privadas de diversos direitos políticos e sociais, como o de dirigir automóvel;
- No Irã, as mulheres têm direito ao voto e à participação no parlamento há mais de 50 anos, mas a revolução de 1979 gerou uma nova legislação que incentiva a discriminação sexista. Se um homem e uma mulher sofrem um acidente de automóvel, o valor da indenização pago ao homem é o dobro do valor pago à mulher. O testemunho de um homem em um tribunal só será invalidado se duas mulheres o desmentirem. O homem pode se casar com quatro esposas e pedir o divórcio sem justificativas, sendo que pedidos de divórcio vindos da mulher são quase sempre negados. Para viajar, a mulher precisa de autorização escrita do marido. As leis, porém, são anacrônicas à própria cultura. A Ministra da Saúde do Irã, por exemplo, é uma mulher e, por decorrência de seu sexo, necessita de autorização de seu marido para sair do país;
- No Afeganistão, leis preveem a inserção das mulheres na sociedade, mas a cultura paternalista é mais forte do que a legislação. Mulheres são impedidas de exporem suas ideias. O Talibã, dentre inúmeros outros exemplos de coerções, queimou escolas para crianças do sexo feminino e obrigou as mulheres a usarem burca;
- A liberdade da mulher nos países islâmicos tem piorado proporcionalmente com o aumento do poder dos fundamentalistas, o qual, por sua vez, tem se fortalecido por efeito das intervenções militares ocidentais recentes, de maneira que a situação das mulheres hoje no Iraque está pior do que na época de Saddam Hussein. A ativista não culpa, porém, o Islã, pela existência destas leis discriminatórias, e sim uma particular interpretação machista e equivocada do Islã, que se articula com uma cultura paternalista tradicional dos locais. Além disso, a cultura machista é disseminada também por mulheres, as quais devem ser informadas sobre a necessidade de superá-la e como fazê-lo;
- Adiscriminação contra o sexo feminino vai além da religião, sendo uma realidade mundial que independe de país ou cultura, ainda que varie em forma e intensidade. Nos Estados Unidos, Canadá e Europa, por exemplo, as leis reconhecem a igualdade dos gêneros, mas a cultura local prevê compromissos a serem assumidos pelas mulheres, em casa e na sociedade, os quais impedem que elas desfrutem materialmente da igualdade declarada, o que pode ser medido pelo número reduzido de mulheres em cargos de poder.

Podem-se acrescentar, ainda, os seguintes episódios:

- Em setembro de 2011, Shaima, na Arábia Saudita, foi condenada a dez chibatadas por dirigir automóvel⁷. A condenação ocorreu logo após o rei Abdullah anunciar que as mulheres poderiam votar, o que deve acontecer pela primeira vez na história do país, nas eleições de 2015. Também foi o rei responsável por suspender a pena, após inúmeras manifestações ocorridas em todo o país de apoio a Shaima;

⁶ Palestra proferida em 14 de junho de 2011, em São Paulo, promovida por Fronteiras do Pensamento.

⁷ MULHER...Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/981699-mulher-saudita-e-condenada-a-dez-chibatadas-por-dirigir.shtml>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

- Agora, a heroína mirim Malala Yousufzau, do Paquistão, que descumpriu as concepções religiosas do seu país e decidiu não só estudar, mas defender que mulheres estudassem. No dia 9 de outubro de 2012, aos quatorze anos de idade, Malala foi atingida na cabeça por um tiro à queima-roupa dentro do ônibus no qual voltava da escola. Sobreviveu, recebeu o prêmio Nobel da Paz de 2014 e permanece na sua luta.⁸

As histórias acima citadas e tantas outras, sejam as conhecidas, sejam as silenciadas, indicam a necessidade de se criar instrumentos de proteção especial da mulher. Foi o que fez o Brasil quando, em 07 de agosto de 2006, editou a Lei Maria da Penha. No âmbito da América Latina, o Brasil foi o 18º país a ter uma lei de proteção integral à mulher em situação de violência doméstica ou familiar.

3 A LMP É DE AÇÃO AFIRMATIVA?

A Lei Maria da Penha, além da severa crítica ao seu art. 6º, o qual enunciou que a violência contra a mulher constituiu uma violação aos direitos humanos (conforme analisamos no item anterior), também sofreu ataques de vários autores que se manifestaram no sentido de considerá-la uma norma inconstitucional por ferir o princípio da igualdade entre homens e mulheres, insculpido no art. 5º, I, da CF, o qual prevê que:

Constituição Federal

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

No mesmo sentido, juízes e desembargadores por todo o Brasil (ainda que tenham sido exceção) trataram de declarar a LMP inconstitucional, deixando de aplicá-la na sua integralidade.⁹

Em razão da celeuma que se instalou no país, o então presidente da República Luis Inácio Lula da Silva ingressou perante o STF com uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 19), buscando assentar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). O julgamento da ação deu-se em fevereiro de 2012, em conjunto com a ADI 4.424.

O STF julgou constitucionais os dispositivos da LMP questionados, afirmando que a legislação ordinária protetiva estaria em sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher (CEDAW) e com a Convenção de Belém do Pará. Sob o ângulo constitucional, ressaltou-se o dever do Estado de assegurar a assistência à família e de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (Informativo STF n. 654, 6 a 10 de fevereiro de 2012).

Dentre as inúmeras fundamentações trazidas no *decisum* (ADI 4.424/ADC 19), ficou constando no relatório o caráter de ação afirmativa da Lei Maria da Penha.

8 LAMB, Christina; YOUSAFZAI, Malala. *Eu sou Malala*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

9 Exemplo paradigmático aconteceu na cidade de Sete Lagoas, em que o magistrado cunhou a Lei Maria da Penha de "conjunto de regras diabólicas". Em 20/11/2007, o Conselho Nacional de Justiça instaurou processo disciplinar contra o juiz para analisar se as expressões usadas em suas decisões caracterizam excesso de linguagem e infração disciplinar. O juiz impetrou mandado de segurança para o STF (MS 30320). O acompanhamento do processo pode ser consultado em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4022577>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

3.1 UMA QUESTÃO TERMINOLÓGICA: AÇÃO AFIRMATIVA OU MEDIDA ESPECIAL DE CARÁTER TEMPORÁRIO?

A questão que se coloca é exatamente essa: seria a LMP uma lei de ação afirmativa, como a definiu o STF? Ou trata-se de uma medida especial de caráter temporário, como apregoa a CEDAW, mencionada, inclusive, na própria decisão da Corte Suprema?

Ao se analisar a doutrina e jurisprudência brasileiras, percebe-se que a utilização preponderante é pela expressão “ação afirmativa”. Vejamos:

3.1.1 POSICIONAMENTO 1: A LEI MARIA DA PENHA É DE AÇÃO AFIRMATIVA

No relatório da ADC 19, reiteradas vezes, o Min. Marco Aurélio faz referência ao caráter de ação afirmativa da Lei Maria da Penha. Confira-se:

Nessa ordem de ideias, impende ter em mente o amplo reconhecimento do fato de que, uma vez marcadas, em uma sociedade machista e patriarcal como a nossa, as relações de gênero, pelo desequilíbrio de poder, a concretização do princípio isonômico (art. 5º, I, da Lei Maior), nessa esfera – relações de gênero – reclama a adoção de ações e instrumentos afirmativos voltados, exatamente, à neutralização da situação de desequilíbrio. STF, ADC 19/DF, Relator Min. Marco Aurélio, j. em 09/02/2012.

Em outros trechos:

A discriminação afirmativa que se projeta da Lei Maria da Penha se faz acompanhar de razão que, na exata medida em que se presta a compensar a discriminação de fato cuja existência reconhece, a justifica.” STF, ADC 19/DF, Relator Min. Marco Aurélio, j. em 09/02/2012.

Para enfrentar esse problema, que aflige o núcleo básico da nossa sociedade – a família – e se alastra para todo o corpo comunitário por força dos seus efeitos psicológicos nefastos, é necessária uma política de ações afirmativas que necessariamente perpassa a utilização do Direito Penal. A adoção das ações afirmativas é o resultado de uma releitura do conceito de igualdade que se desenvolveu desde tempos remotos. Na clássica obra Aristotélica ‘A Política’, o filósofo já ponderava que “A primeira espécie de democracia é aquela que tem a igualdade por fundamento. Nos termos da lei que regula essa democracia, a igualdade significa que os ricos e os pobres não têm privilégios políticos, que tanto uns como outros não são soberanos de um modo exclusivo, e sim que todos o são exatamente na mesma proporção.” STF, ADC 19/DF, Relator Min. Marco Aurélio, j. em 09/02/2012.

Sou das que compartilham do entendimento de que a Lei Maria da Penha inaugurou uma nova fase no iter das ações afirmativas em favor da mulher brasileira, consistindo em verdadeiro microsistema de proteção à família e à mulher, a contemplar, inclusive, norma de direito do trabalho. A Lei 11.340/2006, batizada em homenagem a Maria da Penha, traduz a luta das mulheres por reconhecimento, constituindo marco histórico com peso efetivo, mas também com dimensão simbólica, e que não pode ser amesquinhada, ensombrecida, desfigurada, desconsiderada. Sinaliza mudança de compreensão em cultura e sociedade de violência que, de tão comum e aceita, se tornou invisível – “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”, pacto de silêncio para o qual a mulher contribui, seja pela vergonha, seja pelo medo. STF, ADC 19/DF, Relator Min. Marco Aurélio, j. em 09/02/2012.

Na doutrina, tem-se, dentre outros, o posicionamento de Miranda:

Aplica-se a Lei Maria da Penha as políticas referentes às **ações afirmativas**, que tem como fito à promoção de oportunidades iguais para vítimas de discriminação, porém não abrangem indivíduos, e sim os grupos a que pertencem, ou seja, negros, mulheres, idosos, destinando-se a igualar em condições esses grupos em desvantagens, conforme os preceitos constitucionais. [...] À guisa de conclusão, na órbita do ordenamento jurídico pátrio, a lei em comento foi elaborada para proteger a mulher, isto posto, o tratamento concedido às mulheres não afronta o princípio

da igualdade, pois se trata de **ação afirmativa** que tem como objetivo reparar injustiças sofridas pelas mulheres e que violam os direitos humanos. Em suma, A Lei nº 11.340/06 protege a família, pois a prática de tal violência traz consequências não só para as mulheres, mas também para sua família e à sociedade em geral.¹⁰

3.1.2 POSICIONAMENTO 2: A LEI MARIA DA PENHA CARACTERIZA-SE POR CRIAR MEDIDAS ESPECIAIS DE CARÁTER TEMPORÁRIO

A Convenção para Eliminação de todas as formas de Discriminação sobre a Mulher (CEDAW), no seu art. 4º, citada no preâmbulo e no art. 1º da Lei Maria da Penha, determina que:

- Medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerarão discriminação;
- De nenhuma maneira a utilização de tais medidas especiais implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais;
- Essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento forem alcançados.

Na atualidade, nem toda discriminação é proibida ou desvalorosa para o ordenamento jurídico. Um exemplo de discriminação positiva é a Lei Maria da Penha. Ela constitui-se em um critério de equiparação desigual igualitário e representa uma das medidas apresentadas pelo Estado para permitir que ocorra o aceleração da igualdade de fato entre o homem e a mulher, circunscrita aos casos de violência doméstica e familiar, já que o alcance da Lei é limitado.

Há outras ações nesse sentido previstas na legislação brasileira, destacando-se a lei de cotas políticas. De acordo com a Lei 9.504/97, 30% dos candidatos registrados devem pertencer a um dos sexos.

A máxima *tratar os iguais de modo igual, e os desiguais de modo desigual* representa um reconhecimento de que os indivíduos que se estabeleceram no mundo em condições desiguais não podem, por mera declaração de vontade, obter condição de vida igual equivalente aos que gozam de vantagem, sejam elas quais forem. Daí a necessidade de discriminações positivas ou ações positivas, consubstanciadas em políticas públicas que objetivem concretizar materialmente o discurso relevante, porém vazio, de igualdade, com o objetivo de mitigar os efeitos das discriminações que heranças de costumes passados insistem em manter no presente, sem nenhum argumento ético que as justifiquem.

As medidas especiais de caráter temporário previstas na Lei Maria da Penha são destinadas ao empoderamento das mulheres, a partir da diminuição das desigualdades sociais, políticas e econômicas.

Por serem excepcionais e por preverem sérias restrições de direitos (como é o caso da maioria das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha), a aplicação dos instrumentos de discriminação positiva só se justifica em situações muito relevantes (princípio da proporcionalidade). É que, ao mesmo tempo em que de um lado se alargam garantias (em relação à vítima: garantia da vida, da integridade física e psicológica etc.), de outro se limitam direitos (concernentes ao réu: liberdade de ir e vir, presunção da inocência, direito ao contraditório etc.).

É assentado o entendimento de que

Direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. [...] Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.¹¹

10 BARCA, Marcelo. Disponível em: <<http://marcelobarca.jusbrasil.com.br/artigos/13658428zz8/a-legalidade-do-tratamento-diferenciado-as-mulheres-vitimas-de-violencia-domestica-a-luz-do-ordenamento-juridico-patrio>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

11 MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

A Lei Maria da Penha é, ao mesmo tempo, protetiva de direitos de mulheres e restritiva de direitos de agressores. Decorrentemente, sua aplicação somente se justifica em razão das circunstâncias muito específicas que envolvem a violência de gênero: brutalidade, institucionalização da violência, frequência, reiteração, permanência, intimidação e índices elevadíssimos.

Aplica-se, aqui, o princípio da proporcionalidade, já que o comum, dramático e de consequências gravosas é a violência do homem contra a mulher. A mulher agredida não se encontra em igualdade de condições com o agressor. Há uma vulnerabilidade, mesmo que transitória, ou seja, enquanto durar o estado de agressão, ainda que iminente.

As peculiaridades da violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como os números absurdamente elevados, clamam pela utilização de instrumentos eficazes e enérgicos, mesmo que, para tanto, tenham-se que se sacrificar, em condições específicas, direitos, garantias e liberdades.

Dentro desta perspectiva, somente as vítimas de violência doméstica e familiar baseada no gênero (art. 5º) ou aqueles (homens ou mulheres) que estejam nas situações elencadas no inciso III do art. 313 do CPP, com as alterações trazidas pela Lei 12.403/11 (criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência), ou nas condições mencionadas na Lei 9.807/99 (vítimas coagidas ou expostas à grave ameaça em razão de colaborar com a investigação ou processo criminal) possuem amparo específico, já que em relação a tais pessoas há motivações particulares que, por conta de sua especial vulnerabilidade (vulnerabilidade situacional), justificam um tratamento também diferenciado, ainda que com a consequência de restringir direitos, garantias e liberdades fundamentais do acusado.

No caso da violência contra a mulher, “ao confirmar a inexistência real da igualdade a nível internacional e em muitos países democráticos são estabelecidas medidas de ação positiva para corrigir as situações desequilibradas como consequência de práticas ou sistemas sociais discriminatórios”¹², da qual a Lei Maria da Penha é um ilustre exemplo.

Entendemos mais correto esse segundo posicionamento. Apesar da grande similitude dos dois institutos (ações afirmativas e medidas especiais de caráter temporário), a Lei Maria da Penha constitui uma representação do segundo deles. Isso pelo fato de que, como o seu próprio nome diz, as medidas especiais possuem caráter temporário, enquanto as ações afirmativas têm natureza permanente.

A distinção entre uma e outra noção foi aclarada pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - CEDAW. De acordo com o Comitê, a expressão ação afirmativa não faz parte da linguagem utilizada nos tratados internacionais de direitos humanos, ficando reservado, o seu uso, para a doutrina e o direito interno de alguns países. Confira-se¹³:

130. O Comitê vê com preocupação que o Estado-Parte [referindo-se ao Brasil] utilize a expressão “medidas positivas” para descrever algumas de suas medidas orientadas a eliminar a discriminação e que não a utilize para descrever medidas especiais de caráter temporário orientadas a acelerar a igualdade.

131. O Comitê recomenda que o Estado-Parte [referindo-se ao Brasil], ao formular as políticas para conseguir a igualdade entre os gêneros, não apenas elimine a discriminação, mas que, de conformidade com o parágrafo 1º do artigo 4º da Convenção, adote medidas especiais de caráter temporário para acelerar o processo orientado a conseguir a igualdade.

12 ESCOBAR CIRUJANO, Ana; QUINTEROS, Andrés, SÁNCHEZ GAMONAL, Sara Belén; TANDÓN RECIO, Bárbara. In: PEREZ VIEJO, Jesús M., HERNÁNDEZ, Ana Montalvo (Coord.). Violencia de género, prevención, detección y atención. Madrid: Grupo 5, 2011, p. 31.

13 Nações Unidas - Informe do Comitê para a eliminação da Discriminação contra a Mulher - 28º período de sessões (13 a 31 de Jan. de 2003) 29º período de sessões (30 de Junho a 18 de Julho de 2003). Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/assuntos/acoes-internacionais/Articulacao/articulacao-internacional/recomendacoes-cedaw-traduzido-e-revisado-26-12-03.doc>>. Acesso em: 26 dez. 2003.

É exatamente a temporalidade das medidas especiais que constituem o seu traço característico. Elas são destinadas a acelerar a igualdade de fato. Alcançados os objetivos que justificaram a sua criação, devem ser cessados os seus efeitos.

Para Vásquez,

Isto resulta muito compreensível quando se pensa na superação de discriminações históricas como a racial e a das mulheres, as quais é possível esperar – ao menos teoricamente – sua total erradicação no futuro. Porém se se consideram outras medidas, como as que se adotam com relação a pessoas cegas ou portadoras de deficiências físicas, dificilmente podem ser consideradas como *medidas especiais temporárias*, ao menos que se acredite ou se aspire que no futuro não venham a existir pessoas cegas ou com deficiência física.¹⁴

A autora cita como exemplo de ação afirmativa para as mulheres, a licença pós-parto, informando que tanto as ações afirmativas quanto as medidas especiais de caráter temporário podem ser consideradas como as únicas exceções que o direito internacional dos direitos humanos autoriza frente à primazia do princípio da igualdade, em seu sentido formal.¹⁵

Ainda de acordo com Vásquez,

A justificação mais consistente para as normas especiais ou diferenciadas se encontra na aplicação direta da obrigação geral de *garantia dos direitos sem discriminação*. Nela são encontrados os fundamentos das medidas que se adotam tendo em conta a realidade dos diversos grupos humanos que, portanto, não podem entender-se como 'vantagem' que se outorgam a grupos socialmente desvantajados.¹⁶

4 OS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS MENCIONADOS NO ART. 1º DA LEI MARIA DA PENHA

Já em seu preâmbulo e no seu artigo inicial, a Lei Maria da Penha cita importantes instrumentos internacionais de Direitos Fundamentais que lhes dão embasamento:

- a) Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - CEDAW e;
- b) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher - Belém do Pará.

Tratam-se dos dois mais importantes instrumentos internacionais de direitos humanos que alcançam as mulheres brasileiras. Eles foram elaborados no âmbito da ONU e decorrem de um sistema de proteção dos direitos humanos com jurisdição global entre os estados-membros.

Ambos os documentos internacionais evidenciam que a violência contra a mulher, no âmbito público ou privado, constitui uma grave violação aos direitos humanos e limita total ou parcialmente o exercício dos demais direitos fundamentais. Mencionam, ainda, que a violência baseada no gênero reflete relações de poder historicamente desiguais e assimétricas entre os sexos.

14 TOLEDO VÁSQUEZ, Patsili. Femicídio/Feminicídio. Buenos Aires: Didot, 2014, p. 163.

15 Idem, p. 164.

16 idem, p. 165.

A violência contra as mulheres “apenas foi reconhecida formalmente como violação de direitos humanos na Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, no ano de 1993, a partir disso os países-membros da ONU e as organizações da sociedade civil têm se dedicado a encontrar maneiras de erradicar esse tipo de violência”¹⁷, o que inclui a elaboração de documentos internacionais como é o caso dos citados no preâmbulo e no art. 1º da Lei Maria da Penha.

Tais documentos não possuem status constitucional no Brasil, por não terem sido recepcionados com o procedimento previsto no §3º, do art. 5º, da CF. Têm, no entanto, caráter supralegal.¹⁸

4.1 ALGUMAS INFORMAÇÕES SOBRE CADA UM DOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS ANTES MENCIONADOS

4.1.1 CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER – CEDAW, DE 1979

- Fruto da I Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em 1975, no México;
- Adotada pela Resolução 34/180 da Assembleia das Nações Unidas, em 18 de Dezembro de 1979;
- Assinada pelo Brasil, em Tóquio, no dia 31 de março de 1981;
- Aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo 93/1983, com ressalvas;
- Entrou em vigor no Brasil em 02.03.84.
- Promulgada pelo Presidente da República, por meio do Decreto 89.460/1984, com as mesmas ressalvas constantes do Decreto Legislativo.
- Suas ressalvas foram retiradas em 2002, pelo meio do Decreto 4.377.

Seu art. 2º exalta a todas as Nações do Mundo, membros da Organização das Nações Unidas, o que se segue¹⁹:

Artigo II. Os Estados Partes condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a:

- a) Consagrar, se ainda não o tiverem feito, em suas constituições nacionais ou em outra legislação apropriada o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados a realização prática desse princípio;
- b) Adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proibam toda discriminação contra a mulher;
- c) Estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação;
- d) Abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação contra a mulher e zelar para que as autoridades e instituições públicas atuem em conformidade com esta obrigação;
- e) Tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa;

17 SÃO PAULO. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/41/Revista_viol%C3%Aancia%20dom%C3%A9stica.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

18 Idem.

19 BRASIL. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2002/decreto-4377-13-setembro-2002-476386-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

- f) Adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher;
- g) Derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra a mulher.

Quando aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro, em 1984, continha inúmeras reservas, que diziam respeito ao direito de família, devido à incompatibilidade com a legislação interna pautada pela assimetria entre os direitos do homem e da mulher no nosso país.

Apesar de a Constituição de 1988 ter incluído, dentre os direitos fundamentais, a igualdade entre os sexos (art. 5º, I), tais reservas somente foram retiradas em 2002, por meio do Decreto 4.377/202, o qual determinou que a Convenção “será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.”

A CEDAW foi o primeiro tratado internacional que dispôs amplamente sobre os direitos humanos das mulheres, propondo duas frentes de trabalho: promover os direitos da mulher na busca da igualdade de gênero e reprimir quaisquer discriminações contra as mulheres nos Estados-parte.

Como bem menciona Jubilut,

Tal Convenção se insere no advento da teoria de gênero e busca garantir proteção específica às mulheres, à qual devem se acrescer todos os direitos humanos assegurados de modo geral. Trata-se, assim, de se atentar para as particularidades das mulheres, e de sobretudo buscar gerar igualdade real, e não apenas formal entre elas e os homens.²⁰

De acordo com o relato de Silvia Pimentel²¹, adoção da CEDAW

Foi o fruto de décadas de esforços internacionais visando à proteção e à promoção dos direitos das mulheres em todo o mundo. Resultou de iniciativas tomadas dentro da Comissão sobre a Situação da Mulher (CSW, sigla em inglês) da Organização das Nações Unidas (ONU), órgão criado dentro do sistema das Nações Unidas, em 1946, com o objetivo de analisar e elaborar recomendações para a formulação de políticas aos vários países signatários da Convenção, visando ao aprimoramento do status da mulher.

Baseada em provisões da Carta das Nações Unidas – que afirma expressamente os direitos iguais de homens e mulheres – e na Declaração Universal dos Direitos Humanos – que estabelece que todos os direitos e liberdades humanos devem ser aplicados igualmente a homens e mulheres, sem distinção de qualquer natureza – a Comissão preparou, entre os anos de 1949 e 1962, uma série de tratados que incluíram: a Convenção dos Direitos Políticos das Mulheres (1952); a Convenção sobre a Nacionalidade de Mulheres Casadas (1957); e a Convenção sobre o Casamento por Consenso, Idade Mínima para Casamento e Registro de Casamentos (1962). Esses tratados tinham por objetivo visavam a proteção e a promoção dos direitos da mulher nas áreas em que esses direitos fossem considerados particularmente vulneráveis pela Comissão.

Em 1965, a Comissão empenhou-se nos preparativos para o que viria a se tornar, em 1967, a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher. Esta Declaração incluía em um único instrumento legal padrões internacionais que articulavam direitos iguais de homens e mulheres. A Declaração, entretanto, não se efetivou como um tratado. Apesar de sua força moral e política, ela não estabeleceu obrigações para os Estados.

Em 1972, a Comissão sobre a Situação da Mulher considerou a possibilidade de organizar um tratado que conferisse força de lei à Declaração. Essa proposta foi impulsionada pelo Plano Mundial de Ação, adotado pela Conferência Mundial do Ano Internacional da Mulher, das Nações Unidas em 1975. Esse Plano pedia uma Convenção para a Eliminação da Discriminação

20 JUBILUT, Líliliana. Combate...Disponível em: <<http://lilianajubilut.jusbrasil.com.br/artigos/121940395/o-combate-a-violencia-contra-a-mulher-no-ambito-da-onu>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

21 Texto baseado na apresentação da professora Silvia Pimentel, presidente do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (Comitê CEDAW da ONU), publicada no livro Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres, Heloisa Frossard (org.), SPM-PR, 2006. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/convencao-sobre-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-discriminacao-contra-a-mulher-cedaw-1979/>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

contra a Mulher, com procedimentos efetivos para sua implementação. Este trabalho também foi impulsionado pela Assembleia Geral, que declarou o período 1976-1985 a Década das Nações Unidas para a Mulher.

A Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) foi adotada pela Assembleia Geral em 1979. Na resolução de adoção da Convenção, a Assembleia Geral demonstrou expectativas de que ela entrasse em ação em curto prazo.

Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher - Belém do Pará, de 1994.

- Adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos no dia 6/06/1994;
- Entrou em vigor no plano internacional em 3/03/1995;
- Aprovada pelo Decreto legislativo 107, de 31/08/1995;
- Ratificada pelo Brasil no dia 27/11/1995;
- O Governo brasileiro depositou a Carta de Ratificação do instrumento multilateral em epígrafe em 27 de novembro de 1995, passando o mesmo a vigorar, para o Brasil, em 27 de dezembro de 1995;
- Promulgada pelo Presidente da República pelo Decreto 1.973, de 1/08/1996.

4.1.2 A CONVENÇÃO BELÉM DO PARÁ ESTABELECEU COMO DEVERES DOS ESTADOS²²:

Capítulo III - Deveres dos Estados

Artigo 7º. Os Estados Membros condenam todas as formas de violência contra a mulher e concordam em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas a prevenir, punir e erradicar a dita violência e empenhar-se em:

Parágrafo 1. Abster-se de qualquer ação ou prática de violência contra a mulher e velar para que as autoridades, seus funcionários, pessoal e agentes e instituições públicas se comportem conforme esta obrigação.

Parágrafo 2. Atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher.

Parágrafo 3. Incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e adotar as medidas administrativas apropriadas que venham ao caso.

A Convenção Belém do Pará integra o âmbito do sistema regional de direitos humanos, conduzido pela Organização dos Estados Americanos - OEA.

Apesar de o Estado brasileiro ter ratificado a Convenção de Belém do Pará logo após a sua adoção pela ONU, ou seja, em 1995, uma das obrigações a que se comprometeu (a de incluir em sua legislação normas específicas sobre o combate a violência contra a mulher), somente veio a acontecer onze anos depois, com a edição da Lei Maria da Penha (2006). Há, ainda, quem entenda que o compromisso só foi cumprido por conta da condenação que o Brasil sofreu na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso 54/01, em que foi demandante Maria da Penha Maia Fernandes. Os detalhes do caso serão trazidos a seguir.

²²BRASIL. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1996/decreto-1973-1-agosto-1996-435655-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

4.1.3 RECOMENDAÇÃO DA COMISSÃO INTERAMERICANA NO CASO 54/01 – MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES

Maria da Penha Maia Fernandes ingressou, em 2001, junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos – sistema especial de proteção dos direitos humanos – em busca do reconhecimento da tolerância da República Federativa do Brasil em tomar as providências cabíveis no intuito de processar e punir o seu então esposo, por duas tentativas de homicídio perpetradas contra ela e que tinham ocorrido há mais de 15 anos. As agressões sofridas por ela ocasionaram, inclusive, paraplegia irreversível.

Em razão da tolerância do Brasil em promover o processo dos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, o Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), juntamente com a vítima, formalizaram uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), que é um órgão internacional responsável pela análise de violação de acordos internacionais.

A Comissão da OEA condenou o Estado brasileiro pela excessiva tolerância em promover a perseguição do crime praticado com violência à mulher e recomendou reforma no sistema legislativo com o desígnio de simplificar os procedimentos existentes bem como inserir novas formas para a resolução de conflitos (Relatório 54/01, Caso 12.051, de 4/04/01 - Maria da Penha Maia Fernandes).

A Comissão recomendou ao Brasil, dentre outras medidas, “prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no país”, particularmente, dentre outras: “simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias do devido processo.”²³

A violência contra a mulher, infelizmente, ainda nos dias de hoje, está marcada intensamente por um traço de prevaletimento, o qual, por muito tempo, foi sustentado, e legitimado, por tratamento jurídico que dava ao homem direitos e benefícios não extensíveis às mulheres.

Um bom exemplo do que se afirma vem do Direito Constitucional brasileiro: a despeito de nossas constituições sempre agasalharem, em seu interior, a máxima “todos são iguais perante a lei”, sendo que quase a totalidade delas proibiu, expressamente, qualquer distinção em razão, dentre outros, de critérios baseados no sexo, foram convalidadas e criadas inúmeras leis elaboradoras de diferenças, contrariando, assim as disposições constitucionais. Somente com a Carta de 1988 é que mulheres e homens, no Brasil, galgaram a igualdade jurídica. A isonomia de fato, entretanto, ainda não foi alcançada. No Brasil, dois séculos ainda separam mulheres e homens da igualdade²⁴.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fim de que avanços possam ser operados com mais agilidade foram criados instrumentos jurídicos (nacionais e internacionais), todos no sentido de estabelecer o direito das mulheres à não violência como categoria merecedora de uma proteção especial.

E o que tem de tão diferente na violência contra a mulher que não se encontra presente quando a vítima é do sexo masculino e que faz com que sejam necessários instrumentos especiais (nacionais e internacionais) de proteção? É que, ao contrário da violência contra os homens, a violência contra as mulheres encontra-se legitimada socialmente, mesmo que cada vez menos. Ainda persistem práticas discrimina-

23 OAS. Para ver o relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

24 Ver a pesquisa completa em: <<http://m.folha.uol.com.br/asmiais/2015/09/1675183-no-ritmo-atual-fim-da-desigualdade-entre-homens-e-mulheres-demorar-240-anos.shtml>>. Acesso em: 20 mar, 2018.

tórias que colocam a mulher em situação de inferioridade a respeito dos direitos e liberdades essenciais. Esse é um tema de especial importância, principalmente quando se verifica que as práticas discriminatórias levam às práticas violentas e vice-versa.

A violência, independentemente se dirigida contra o homem ou contra a mulher, não deve ser tolerada. Embora mais homens do que mulheres sejam vítimas, quando o tema refere-se ao âmbito doméstico, a situação se inverte, por conta das inúmeras especificidades que marcam a violência doméstica e familiar contra a mulher: convivência, afeto entre as partes, filhos em comum, interesses patrimoniais, vulnerabilidade, dependência econômica, machismo, etc. Estas particularidades exigem um tratamento especial, singularizado, bem como justifica a intervenção do Estado na intimidade da família.

O Estado brasileiro, ao ratificar documentos internacionais de proteção à mulher, assumiu, no plano internacional, o compromisso de adotar medidas internas para garantir os direitos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares. A fim de cumprir com tal obrigação, planos, metas e estratégias foram estabelecidos, bem como, e principalmente, foram implementadas ações (políticas públicas).

É nesse contexto que surge o debate sobre direitos especificamente femininos - ou melhor, sobre direitos historicamente não reconhecidos - e a criação de instrumentos internacionais que criam condições de se superar a contínua discriminação contra as mulheres.

Os direitos das mulheres são indissociáveis dos direitos humanos: não há que se falar em garantia universal de direitos sem que as mulheres, enquanto humanas e cidadãs, tenham seus direitos específicos respeitados. Tal afirmação é corolário do princípio da igualdade, que determina não poder a lei fazer qualquer distinção entre indivíduos, o que inclui a distinção entre os sexos ou entre os gêneros.

Não obstante os avanços surgidos, contudo, ainda é relevante o tratamento jurídico diferenciado para homens e mulheres, sobretudo em consequência dos muitos anos de desigualdades materiais e formais. Enfim, o que se espera é que se consubstancie, de fato, a incorporação de novos comportamentos e a construção de outros contextos culturais nos quais seja desnecessária a determinação legal de respeito a direitos, sejam de mulheres, sejam de homens, e que a dignidade da pessoa não dependa de sexo, gênero ou orientação sexual, mas que decorra, exatamente, da igual condição humana.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência doméstica: análise da Lei “Maria da Penha”**, n. 11.340/06. 3. ed. Salvador: Podivm, 2010.

ESCOBAR CIRUJANO, Ana; QUINTEROS, Andrés, SÁNCHEZ GAMONAL, Sara Belén; TANDÓN RECIO, Bárbara. In: PEREZ VIEJO, Jesús M., HERNÁNDEZ, Ana Montalvo (Coord.). **Violencia de género, prevención, detección y atención**. Madrid: Grupo 5, 2011.

JUBILUT, Liliana Lyra. **Combate a violência...** Disponível em: <<http://lilianajubilut.jusbrasil.com.br/artigos/121940395/o-combate-a-violencia-contra-a-mulher-no-ambito-da-onu>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

LAMB, Christina; YOUSAFZAI, Malala. **Eu sou Malala**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

MIRANDA, Marcelo Barça Alves de. **Legalidade...** Disponível em: <<http://marcelobarca.jusbrasil.com.br/artigos/136584288/a-legalidade-do-tratamento-diferenciado-as-mulheres-vitimas-de-violencia-domestica-a-luz-do-ordenamento-juridico-patrio>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NAÇÕES UNIDAS - Informe do Comitê para a eliminação da Discriminação contra a Mulher - 28º período de sessões (13 a 31 de Janeiro de 2003) 29º período de sessões (30 de Junho a 18 de Julho de 2003). Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/assuntos/acoes-internacionais/Articulacao/articulacao-internacional/recomendacoes-cesdaw-traduzido-e-revisado-26-12-03.doc>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

FORNTEIRAS DO PENSAMENTO. Palestra proferida em 14 de junho de 2011. em São Paulo, 2011.

OAS. Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>> 20 mar. 2018.

PIMENTEL, Sílvia. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/convencao-sobre-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-discriminacao-contra-a-mulher-cesdaw-1979/>> Acesso em: 20 mar. 2018.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**. 5. ed. São Paulo: RT, 2010.

TOLEDO VÁSQUEZ, Patsili. **Femicídio/Feminicídio**. Buenos Aires: Didot, 2014.

AS TRÊS VERTENTES DO SISTEMA PENITENCIÁRIO: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA, SOCIAL E CARCERÁRIA

LAS TRES VERTENTES DEL SISTEMA PENITENCIARIO: UNA ANÁLISIS CRIMINOLÓGICA, SOCIAL Y CARCERARIA

Andréia Catine Cosme¹

Karem Raimondi Martins²

Resumo: O presente artigo possui como objetivo expor as três principais vertentes da punição, apontando a previsão legal, visão carcerária e a visão social, apresentando quais os fatores responsáveis pela falta da ressocialização do apenado após o cumprimento da pena. Utilizando-se do método indutivo, se partindo de um caso isolado, sendo ele a vivência da população carcerária da Colônia Penal Agrícola de Palhoça, analisando a vida e os ocorridos durante o tempo e após o cárcere do apenado, apontando os resultados da pesquisa e conseqüentemente trabalhando a proteção e a natureza pedagógica da responsabilização das penas e da ressocialização dos detentos, conforme a lei de execução penal e demais legislações pertinentes. Por fim será apontando que talvez a responsabilização pela falta da ressocialização não seja exclusivamente do Estado, este tem um papel fundamental, mas talvez os maiores responsáveis por essa reinserção do apenado do âmbito social seja a sociedade em geral.

Palavras-chave: Colônia Penal Agrícola. Ressocialização. Sociedade.

Resumen: El presente artículo tiene como objetivo exponer las tres principales vertientes del castigo, apuntando a la previsión legal, visión carcelaria y la visión social, presentando cuáles son los factores responsables por la falta de la resocialización del apenado después del cumplimiento de la pena. En el caso de que se trate de un caso aislado, siendo él la vivencia de la población carcelaria de la Colonia Penal Agrícola de Palhoça, analizando la vida y los ocurridos durante el tiempo y después de la cárcel del apenado, apuntando los resultados de la investigación y en consecuencia, trabajando la protección y la naturaleza pedagógica de la responsabilización de las penas y de la resocialización de los detenidos, conforme a la ley de ejecución penal y demás legislaciones pertinentes. Por último, apuntando que quizás la responsabilización por la falta de la resocialización no sea exclusivamente del Estado, éste tiene un papel fundamental, pero quizás los mayores responsables de esa reinserción del apenado del ámbito social sea la sociedad en general.

Palabras-clave: Colonia Penal Agrícola. Resocialización. La sociedad.

1 INTRODUÇÃO

Através dos veículos midiáticos, diariamente recebe-se diversas informações a respeito do constante aumento da criminalidade, crimes cometidos a todo o instante, cadeias lotadas e aquele sentimento de que a “justiça” precisa ser feita. Devido a esse aumento da prática de crimes, resolveu-se pesquisar o que está acarretando estes fatores negativos, buscando-se colocar no lugar daqueles que são considerados o “problema”, pesquisando assim pelas três principais vertentes da punição, ou seja, a previsão legal, a visão carcerária e a visão social.

¹ Mestre em Sociologia Política pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Graduada em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Professora da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). E-mail: andrea.cosme@unisul.br

² Pós Graduanda em Direito Penal e Criminologia pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER) e Graduada pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). E-mail: karemraimondi@gmail.com

Atualmente se vive em um mundo onde os valores estão invertidos, no qual o indivíduo não ousa se colocar no lugar do próximo, não se submete a pensar que talvez aquela triste situação pudesse ser em seu lar, com seu familiar, com aquele que ama, devido a isto se pretende fazer com que cada leitor consiga vislumbrar qual a sua responsabilidade para com a ressocialização do apenado.

A fim de que o presente artigo não fosse único e exclusivamente baseado em pesquisa bibliográfica, se optou pela realização de pesquisa de campo, sendo realizada a mesma na Colônia Penal Agrícola localizada na cidade de Palhoça/SC, para que assim conseguisse enxergar pelos olhos daqueles que se encontram atrás dos altos muros, qual a real realidade ocorrida após a condenação, conhecendo assim suas histórias de vida e os motivos que os levaram a chegar até ali, tentando assim compreender uma realidade completamente diferente da que se encontra do lado de fora.

Para a realização de tal projeto foi necessária a submissão do mesmo perante o Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos, sendo aprovado através do número 69171417.3.0000.5369.

A pesquisa é de suma importância, objetivando desmentir algumas inverdades que há anos são proferidas e disseminadas, onde se atribui a culpa apenas ao outro quando o assunto é a ressocialização do apenado após o cumprimento de sua pena.

A problematização central do presente artigo é se “O sistema penitenciário atual promove a ressocialização do apenado?”, encontrando assim a real problemática deste sistema e a possível solução cabível que ajudará a entender este problema social que há muito tempo se faz presente na sociedade.

O método utilizado é o indutivo, partindo-se de um caso isolado, sendo ele a vivência da população carcerária da Colônia Penal Agrícola de Palhoça, averiguando a vida e os ocorridos durante o tempo e após o cárcere do apenado, para que ao fim consiga-se apresentar os resultados da pesquisa e consequentemente trabalhar a proteção e a natureza pedagógica da responsabilização das penas e da ressocialização dos detentos, conforme a lei de execução penal e demais legislações pertinentes. O que for encontrado na pesquisa será contrastado com a promessa de ressocialização efetiva.

Utiliza-se da metodologia qualitativa, pois realizou-se pesquisa de campo, sendo elaborado e apresentado questionários para com a população carcerária da Colônia Penal Agrícola, fazendo com que a vivência daqueles que estão encarcerados seja objeto de estudo para o presente artigo.

2 A PENITENCIÁRIA: UMA ANÁLISE EMPÍRICA

Objetivando compreender melhor o sistema carcerário, serão aprofundadas as três principais vertentes deste sistema, primeiramente a previsão legal, dispondo o que a lei penal brasileira define, a sua principal característica, a função ressocializadora, demonstrando se esta realmente se faz eficaz na prática, posteriormente a visão carcerária, almejando enxergar pelos olhos daqueles que pouco são ouvidos, os que se encontram atrás dos altos muros onde não possuem voz e mesmo após a quitação de sua pena parecem permanecer sem esta característica, e por último será exposto a visão social, procurando demonstrar o senso comum estabelecido pela sociedade.

2.1 ANÁLISE CRIMINAL

O ser humano vive em sociedade, e para o bom e perfeito convívio se faz necessário uma boa conduta, conduta esta que sempre deverá estar descrita, para que todos possam ter conhecimento do que é permitido e o que é proibido, tendo total ciência para que não venha agir de maneira contrária ao estabelecido.

Atualmente o poder de punição se encontra nas mãos do Estado, estando as regras previstas no Código Penal³, prevendo que os atos contrários ao bem comum, ocasionarão uma punição, devendo o agente praticante de tal ato ser responsabilizado pela sua conduta.

3 BRASIL. Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2017.

Segundo João Farias Júnior:

O Direito Penal não quer saber de fatores criminógenos. Haveria um paradoxo, contrariaria seus próprios fundamentos se o Direito Penal se preocupasse com fatores criminógenos, uma vez que ele se funda no livre-arbitrismo. Ele não quer saber das indagações sobre as razões por que o homem se torna criminoso, por que sua personalidade não se harmoniza com as normas e padrões de boa convivência em sociedade, das razões da criminalidade. Se esta oscila, se se expande, se está causando intranquilidade, se a criminalidade alcançou um estágio de insegurança, nada disso importa, quer dar solução através da ativação do poder punitivo do Estado. Ele tem elencado em seu contexto a tipologia dos fatos: cada fato aí descrito, corresponde abstratamente a um crime, e cada crime corresponde, por sua vez, a uma pena.⁴

Segundo Vigne:

Consoante as legislações mais recentes, traduzindo o discurso oficial, a pena deixa de ter caráter retributivo e passa a ser aplicada sob a justificativa de ser necessária para reeducar o criminoso, oportunizando-lhe condições de regresso e convívio com a sociedade.⁵

Conforme Baratta:

O efeito catártico da pena e o processo de identificação da sociedade com o delinquente, são os dois aspectos de uma teoria psicológica do direito penal segundo a qual as duas concepções fundamentais da pena, a concepção retributiva e a concepção preventiva, não são mais que racionalizações de fenômenos que fundam suas raízes no inconsciente da psique humana. [...] Ambas transferem a função da pena para o resultado futuro, que consiste em influenciar a coletividade ou o autor do delito.⁶

Diferentemente da aplicação das sanções no princípio, agora as mesmas têm um propósito mais célere, buscando punir o agente praticante do crime, mas não com uma pena eterna, mas sim como uma espécie de castigo com tempo determinado, para que este reflita sobre o ato cometido e não volte a praticar novamente. Além dessa função ressocializadora, a pena também tem sua função preventiva, fazendo com que todos possam ter conhecimento das consequências referentes as ações previstas como proibidas, objetivando que de certa forma possa prevenir que as pessoas pratiquem crimes, pois terão a convicção de que sofrerão sérias consequências.⁷

Augusto Thompson aduz sobre a real finalidade da pena de prisão:

Propõem-se, oficialmente, como finalidade da pena de prisão, a obtenção não de um, mas de vários objetivos concomitantes:

- punição retributiva do mal causado pelo delinquente;
- prevenção da prática de novas infrações, através da intimidação do condenado e de pessoas potencialmente criminosas;
- regeneração do preso, no sentido de transformá-lo de criminoso em não criminoso.⁸

4 FARIAS JÚNIOR, João. Manual de Criminologia. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 35-36.

5 VIGNE, Valmor. Prisão e Ressocialização. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídica, 2001. p. 05. Disponível em: <file:///C:/Users/Admin/Desktop/Previdenci%C3%A1rio/179236.pdf > Acesso em: 05 out. 2017

6 BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro. Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6 ed. Outubro de 2011. 3 reimp., ago. 2016. p.51.

7 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 476

8 THOMPSON, Augusto. A Questão Penitenciária. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.3

Conforme Foucault:

A recuperação do condenado como objetivo principal da pena é um princípio sagrado cuja aparição formal no campo da ciência e principalmente no da legislação é bem recente (Congresso Penitenciário de Bruxelas, 1847). [E a comissão amor, de maio de 1945, repete fielmente]: A pena privativa de liberdade tem como objetivo principal a recuperação e a reclassificação social do condenado (Princípio da correção).⁹

Fazendo uma espécie de analogia, a pena pode ser vista como um castigo dado pelo pai para com a criança que desobedeceu, uma forma de fazer com que ela aprenda, que consiga visualizar o erro que cometeu, que não venha repeti-lo, mas o castigo tem que ter um tempo determinado, para que depois a criança volte a brincar. No caso do agente praticante do crime, a pena tem que cumprir seu papel de punir, prevenir, mas acima de tudo ressocializar, fazendo com que o indivíduo volte a ser inserido na sociedade.

Após a prática do crime o indivíduo será processado, julgado e condenado a pena compatível com o ato que outrora cometeu, a partir desse momento iniciará o cumprimento de sua pena, estando previsto na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei de Execução Penal¹⁰, como deverá ser o cumprimento desta pena.

De acordo com Foucault:

A justa duração da pena deve portanto variar não só com o ato e suas circunstâncias, mas com a própria pena tal como ela se desenrola concretamente. O que equivale a dizer que, se a pena deve ser individualizada, não é a partir do indivíduo-infrator, sujeito jurídico de seu ato, autor responsável do delito, mas a partir do indivíduo punido, objeto de uma matéria controlada de transformação, o indivíduo em detenção inserido no aparelho carcerário, modificado por este ou a ele reagindo.¹¹

Nesse período em que o agente praticante do crime fica recluso, este estará sob responsabilidade total do Estado, devendo o mesmo arcar com as custas referentes ao apenado e dar total suporte, conforme prevê os artigos 10 e 11 da Lei de Execução Penal:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III - jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa.¹²

9 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 38. ed. Petrópolis. Vozes, 2010. p. 255.

10 BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2017.

11 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 38 ed. Petrópolis. Vozes, 2010. p. 231.

12 BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2017.

De acordo com Baratta:

O cárcere vem a fazer parte de um *continuum* que compreende família, escola, assistência social, organização cultural, do tempo livre, preparação profissional, universidade e instrução dos adultos. O tratamento penitenciário e a assistência pós-penitenciária previstas pelas ovas legislações são um setor altamente especializado deste *continuum*, dirigido a recuperar atrasos de socialização que prejudicam indivíduos marginalizados, assim como as escolas especiais tendem a recuperar os menores que se revelaram inadaptados à escola normal. Ambas são instituições especializadas para a integração de uma minoria de sujeitos desviantes.¹³

Conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu artigo 5º “Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.”¹⁴

Segundo Almeida de Jesus:

As ideias implantadas na LEP têm como base a efetivação da execução penal como sendo forma de preservar os bens jurídicos e de reinserção da pessoa que praticou um delito à sociedade. Visa combater o excesso ou o desvio da execução penal que ameaça a dignidade ou a humanidade ao aplicar a pena.¹⁵

De acordo com toda a previsão legal, o indivíduo praticante do crime deverá quitar sua dívida para com a sociedade, cumprindo sua pena, mas de maneira humanitária, sem tratamentos cruéis, desumanos, ou através de qualquer tipo de tortura, sendo tais ações totalmente proibidas pela legislação vigente. O maior objetivo é a retirada do indivíduo da sociedade, passando um tempo recluso para que cumpra a pena do crime que praticou, porém, após este período o mesmo deverá ser reinserido no âmbito social, para que dê continuidade a sua vida, que o tempo de encarceramento sirva para aprender com o erro cometido e que não retorne a praticá-lo.

2.2 VISÃO CARCERÁRIA

Neste tópico será abordado de uma forma geral sobre o sistema carcerário de Santa Catarina e de maneira mais específica a respeito da Colônia Penal Agrícola, localizada na cidade de Palhoça.

O Estado de Santa Catarina possui 35 (trinta e cinco) estabelecimentos prisionais, fracionados da seguinte maneira: 05 (cinco) Penitenciárias, 01 (uma) Colônia Agrícola, 01 (um) Centro de Observação Criminológica e Triagem, 01 (um) Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico e 27 (vinte e sete) Presídios.¹⁶

Objetivando uma pesquisa mais célere, foram buscadas não apenas em informações em doutrinas, mas sim na produção de dados através de pesquisa de campo, sendo a mesma realizada na unidade penitenciária Colônia Penal Agrícola, localizada na cidade de Palhoça.

Conforme Dias:

Em 1988, foi adquirida uma área de 74 (setenta e quatro) hectares, no município de Palhoça, com a finalidade de se construir uma nova Penitenciária, o que não ocorreu, devido a intensas manifestações populares, contrárias ao empreendimento proposto. Assim, gradativamente,

13 BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6. ed. Outubro de 2011. 3 reim. 2016, p. 169, grifo do autor.

14 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm > Acesso em: 13 out. 2017.

15 ALMEIDA, Cintia Jesus de. A importância do trabalho na ressocialização do preso: aplicação efetiva da Lei de Execução Penal. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/almeidaadvocacia/artigos/a-importancia-do-trabalho-na-ressocializacao-do-presos-aplicacao-efetiva-da-lei-de-execucao-penal-802>>. Acesso em: 25 out. 2017.

16 SANTA CATARINA. Plano Diretor do Sistema Penitenciário do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/plano-diretor/anexos-plano-diretor/pdsp_sc.pdf> Acesso em: 05 out. 2017.

foram implementadas atividades agropecuárias no local, surgindo então, o que mais tarde seria conhecido como Colônia Penal Agrícola, com o emprego de um número muito reduzido de detentos. A partir de 1998, foram construídas novas instalações, possibilitando que um número maior de apenados pudesse ser envolvido nas atividades lá desenvolvidas.¹⁷

A fim de obter informações de melhor precisão, realizou-se visita em quatro dias alternados na Colônia Penal Agrícola de Palhoça, visando entrevistar detentos, agentes penitenciários e o diretor da respectiva unidade carcerária, ocasião em que foi possível extrair dados que embasarão o presente artigo.

A pesquisa contou com a participação de 20 (vinte) detentos, 5 (cinco) agentes penitenciários e 1 (um) diretor, sendo comunicado a todos a importância da respectiva pesquisa e o assunto o qual a mesma se tratava, estando todos cientes, cada entrevistado assinou o respectivo TCLE – Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, autorizando a utilização das informações para uso exclusivamente acadêmico, permanecendo seus dados pessoais sobre total sigilo.

Conforme informações do diretor da unidade carcerária, a mesma possui capacidade para 450 (quatrocentos e cinquenta) apenados, estando preenchida em sua totalidade, não havendo superlotação como diversas outras unidades carcerárias.

Os apenados possuem uma rotina regrada, iniciando o dia às 6 horas com o café, às 7 horas começa o trabalho, às 12 horas tem a pausa para o almoço, às 15 horas é a troca de turno, às 18 horas o jantar, às 21 horas a ceia, por fim, às 23 horas são todos os apenados recolhidos.

De acordo com os relatos a unidade carcerária foi construída em 1988, não passando por modernizações consideráveis os quais pudessem a transformar em algo melhor e mais atual, prevalecendo assim maior parte da estrutura referente a construção inicial.

Conforme a Lei de Execução Penal, o Estado deve possibilitar que o apenado tenha acesso aos estudos, sendo algo de suma importância, conforme o que foi narrado pelo diretor, a unidade oferece supletivo e estudos para o Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), sendo que cerca de 30% (trinta por cento) dos apenados frequentam as aulas, e no ano passado 6 (seis) deles conseguiram obter êxito no Enem.

Durante uma das entrevistas realizadas pela pesquisadora, o apenado narrou que primeiramente iniciou os estudos objetivando a remissão, mas conforme foi estudando foi se interessando cada vez mais pelos estudos. Relatou que realizou a primeira prova do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) e acabou obtendo nota zero na redação, porém combinou com o colega de cela que iria tentar novamente, foi então que conseguiu um livro de estudos para o Enem e ficou treinando ao decorrer do ano e, para a sua felicidade o mesmo conseguiu a tão sonhada aprovação, conseguindo validar seus estudos pelo exame. O apenado contou sua história cheio de esperança no olhar, manifestando o seu desejo de continuar os estudos após o cumprimento da pena, sonhando com uma futura faculdade para auxiliá-lo na mudança de vida.

Cabe ressaltar que foram entrevistados 20 (vinte) apenados, e que no começo demonstravam estar com um certo receio da pesquisa, talvez desconfiados do porquê da convocação, mas esse possível desconforto durou pouco, a cada pergunta eles iam se soltando mais, narrando suas histórias de vida, contando com orgulho da família que os espera lá fora, falando sobre os filhos, a esposa e todos os sonhos que ainda pretendem realizar. Por diversas vezes eles riram com a pesquisadora e até mesmo se emocionaram pelas circunstâncias que os fizeram chegar até ali.

O questionário aplicado era composto com 20 (vinte) questionamentos, sendo facilmente respondido em menos de 10 (dez) minutos, porém este foi um cálculo que não se pode efetuar com êxito, visto que cada apenado queria contar sua vida, seus desejos para o futuro, seus sonhos, queriam apenas

17 DIAS, Fábio Coelho. A penitenciária de Florianópolis e sua evolução no tempo. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8454>. Acesso em: 05 out. 2017.

um alguém para lhes ouvir, a solidão é o sentimento que mais os acompanha. Um exemplo disso foi um senhor de 74 (setenta e quatro) anos de idade, com o ensino fundamental incompleto, que mal sabia escrever seu nome, e antes mesmo do início da entrevista ele já se adiantou, quis contar toda a sua história, explicando que estava ali injustamente, que acreditou em uma pessoa e acabou sendo condenado. Se este é culpado ou inocente, não cabe a pesquisadora julgar, naquele momento ele não precisava de mais um julgador, mas sim um ouvinte, um alguém que lhe escutasse, e a entrevista que deveria ser de poucos minutos acabou levando mais de meia hora.

Conforme Foucault:

Pelo fato também de que a solidão realiza uma espécie de auto-regulação da pena, e permite uma como que individualização espontânea do castigo: quanto mais o condenado é capaz de refletir, mas ele foi culpado de cometer seu crime; mas mais também o remorso será vivo, e a solidão dolorosa; em compensação, quando estiver profundamente arrependido, e corrigido sem a menor dissimulação, a solidão não lhe será mais pesada.¹⁸

Cada apenado que foi entrevistado narrou o crime pelo qual foi condenado e o tempo de condenação, havendo diversos crimes, variando em roubo, furto, homicídio, estupro de vulnerável, latrocínio, tráfico, porte de arma, receptação, entre outros. Porém o que mais chamou a atenção foi a quantidade de condenações por tráfico de drogas, sendo este resultado já narrado anteriormente pelo diretor, o qual afirmou que o maior número de apenados que a unidade recebe é por tráfico de drogas, estando essas substâncias ilícitas conseguindo acabar com a vida das pessoas de todas as formas: quando não é pelo consumo é pela venda.

Alguns dos apenados entrevistados os quais possuem condenação por tráfico aduziram que acabaram nessa vida devido ao modo mais fácil de conseguir dinheiro, chegando a ganhar R\$5.000,00 (cinco mil reais) por dia, apenas com a venda da substância, porém essa rápida maneira de ganhar dinheiro tem um preço muito caro. Um dos apenados relatou que “grana nenhuma paga a liberdade”, outro aduziu que “o cara ganha dinheiro fácil, mas depois acaba perdendo tudo com advogado”.

Um dos apenados ao ser entrevistado demonstrava ser mais durão, com um modo de responder em poucas palavras, mas assim que foi perguntado sobre o seu maior arrependimento, este amoleceu completamente, falou sobre a infância difícil que ainda criança sua mãe o abandonou devido as constantes agressões de seu genitor. Após o abandono da mãe, o pai continuava a agredi-lo cada vez com maior frequência, levando-o a fugir de casa com apenas 9 (nove) anos de idade, sozinho, com fome e machucado; este teve que aprender cedo a se virar sozinho, fazendo com que assim caísse no mundo do crime. Com relação ao seu arrependimento, este informou que seu maior desejo era poder ter estudado, mas que agora ele fará diferente, possui 10 (dez) netos que aguardam o seu retorno e que assim que sair vai voltar para a sua família e cuidar dos pequenos.

O desejo do retorno aos estudos foi quase que unânime, praticamente todos partilhando da mesma vontade, manifestavam-se no sentido de que hoje conseguiam entender que o estudo é fundamental e que sem ele tudo se torna mais difícil. Durante a entrevista a pesquisadora foi a responsável por anotar as respectivas respostas, tendo o apenado apenas que assinar o TCLE, e essa a simples ação de escrever o seu nome já era algo muito difícil, muitos deles sentiam grande dificuldade e acabavam narrando que possuíam pouco estudo, tendo o ensino fundamental incompleto. Contudo um dos entrevistados agiu de maneira diversa, primeiramente porque falava muito bem e quando foi escrever seu nome a letra era totalmente legível e com boa grafia, a pesquisadora então perguntou sua escolaridade, este informou que possuía o ensino superior incompleto, que havia iniciado o curso de Direito mas que não conseguiu terminar devido sua posterior condenação pelo crime de tráfico de drogas, mas relatou que passar por essa experiência o fez ficar mais maduro e que assim que recuperasse sua liberdade iria retornar a

18 FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. 38. ed. Petrópolis. Vozes, 2010. p. 223.

faculdade, dando prosseguimento ao seu sonho de ser advogado. Ao final foi perguntado o que ele faria de diferente se pudesse volta no tempo, porém o mesmo afirmou que “Nada, faria tudo igual, temos que nos arrepender do que não fazemos, a profissão que escolhi o sistema irá me ajudar, vejo isso como uma Pós antecipada”.

O último apenado o qual foi entrevistado contou que havia conseguido a possibilidade de trabalhar na rua, não precisando voltar para a unidade, porem sofreu um sério acidente no qual perdeu algumas pontas dos dedos, ficando impossibilitado de trabalhar por um período, ocasionando assim seu retorno à Colônia, porém pediu para Deus e em poucos dias de retorno já conseguiu um emprego na unidade, neste momento ele se emocionou, disse que Deus é muito bom e que é nele que confia. Outro apenado também falou sobre a religião, que nesse período de encarceramento o melhor jeito de sobreviver a tudo isso é através da fé em Deus, pois caso contrário o indivíduo não aguenta a pressão.

A religião tem um papel de grande importância na vida dos apenados, conforme narrou Varella em sua obra:

De início foi condenado a dezoito anos. Oito meses depois, no júri seguinte, pegou 112 de uma só vez. A pena total ficou em 130 anos e nove meses.

- Eu abati um pouco. Mas não mudei de vida, até piorei para pior. Fui para o pavilhão Nove. Lá eu queria apresentar que era bandido perigoso. Chegava no cara e dizia: você é de ver? Se é, nós vamos trocar agora! Aí, se ele não queria trocar, eu falava: então você deixa a televisão, as coisas suas e pode atravessar para o Cinco, que é o teu lugar. Eu pensava que a minha vida não tinha mais jeito, já que era para morrer na cadeia, não custava que fosse hoje. Se tinha que ser esse o meu destino, que sêsse.

Então, veio um dia de chuva. Para se abrigar, ele encostou na parede junto á igreja, no térreo do Nove e, sem querer, ouviu a pregação do pastor:

- A Bíblia diz em Isaías capítulo 9, verso 6, que Jesus Cristo é o Conselheiro, é o Deus forte, Pai da Eternidade e Príncipe da Paz. Você que vive na vida errada, Deus tem um plano para você. Venha hoje para Jesus, que amanhã pode ser tarde. Não importa se é bandido, quantos matou, Jesus Cristo faz questão de perdoar você com todos os teus pecados, te tirar das trevas e operar uma obra na sua vida.

Valente chegou um pouco para dentro. Sentiu que o Espírito Santo de Deus falava pela boca do pastor:

- Quem quer aceitar Jesus? Quem quer levanta a mão!

[...]

Valente obedeceu e caiu no choro:

- Arrependi dos crimes, da raparigagem e das maldades. Chorei feito nenê no colo da mãe.

Quando levantou, estava desanuviado. Sentiu o perdão do Senhor pousar em sua fonte.¹⁹

Em uma das entrevistas um dos apenados relatou que a pior coisa dentro da unidade carcerária era o convívio com os demais apenados. No mesmo sentido dispõe Augusto Thompson:

[...] o significado da vida carcerária não se resume a mera questão de muros e grades, de celas e tranças: ele deve ser buscado através da consideração de que a penitenciária é uma sociedade dentro de uma sociedade, uma vez que nela foram alteradas, drasticamente, numerosas feições da comunidade livre.²⁰

Augusto Thompson continua aduzindo que “não é a solidão que perturba os indivíduos na comunidade carcerária mas, sim, a vida em massa.”²¹

19 VARELLA, Drauzio, Estação Carandiru. São Paulo. Companhia das Letras, 1999, p. 277-278.

20 THOMPSON, Augusto. A Questão Penitenciária. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 22.

21 Idem. p. 23.

Diversos apenados narraram o quanto é difícil viver e conviver no meio desta sociedade carcerária, que é necessário muito esforço para não se contaminar com este meio, que é preciso muito foco para não se envolver com as diversas ações ilegais que ocorrem dentro da unidade, como o uso constante de entorpecentes e os celulares que por diversas vezes são levados para dentro da unidade, devendo-se sempre manter a ordem para não perderem seus benefícios.

Algo que também foi citado pelos apenados foi o tratamento o qual recebem, que são diariamente tratados com total desrespeito, sem qualquer educação, um deles aduziu que “poxa, educação é algo que aprendemos em casa, eles nos tratam como lixo”. Durante as visitas foi possível visualizar algumas cenas onde realmente houve excesso de autoridade, sendo os apenados chamados e ordenados sempre através de gritos, onde visivelmente não há qualquer respeito para com eles.

De acordo com Alvim:

O apenado, ao ser tratado com dignidade e respeito, vê que é possível recuperar-se e não mais ter uma vida delituosa como antes. Tal fato implicará diretamente na vida dele próprio e também na vida da sociedade que sentirá os efeitos de tal recuperação, os índices de violência irão baixar e a qualidade de vida irá melhorar.²²

Ao entrevistar um dos agentes penitenciários, foi perguntado ao mesmo o que ele pensava sobre a atuação dos direitos humanos frente a problematização do sistema carcerário, este respondeu que “Direitos humanos para humanos de direitos”.

Segundo Farias Júnior:

Se queres que alguém seja melhor do que é, trata-o para que ele passe a ser melhor, através de tratamento recuperacional, se quiseres que alguém seja pior do que é, trata-o como se já fosse pior, avilta-o, execra-o, degrada-o moralmente e é o que a pena faz, torna o delinquente cada vez pior porque, a partir da polícia, passando pela justiça criminal e o sistema prisional, ele é tratado como se fosse pior: é aviltado, é execrado e é degradado moralmente. O que pode esperar? Altíssimo índice de reincidência.²³

Com relação ao retorno dos mesmos a sociedade, foi questionado se acreditavam que teriam dificuldades de arrumar emprego, alguns informaram que desejavam sair e montar seu próprio negócio, outros que pretendiam continuar atuando na área que já atuavam anteriormente, trabalhando como pedreiro, pois assim poderia trabalhar para si mesmo, outros já informaram que é muito difícil, pois a sociedade não está preparada para os receber, pois não querem dar emprego para um ex detento, que assim que averiguam que o mesmo possui antecedentes já o excluem do polo trabalhista, se tornando difícil retornar a vida em sociedade.

Um dos detentos narrou que é difícil, pois ele tem família para sustentar, quando sair terão pessoas que dependem dele, que precisa colocar comida dentro de casa, e que pela falta de oportunidade oferecida pela sociedade, faz com que muitos retornem para a vida do crime, não por escolha, mas pela necessidade.

Em uma das primeiras conversas com o diretor da unidade, este relatou sobre o grande problema da falta de ressocialização, que muitas vezes se coloca a culpa no Estado, mas a sociedade não quer fazer a sua parte, que cada indivíduo que praticou o crime é marcado, como uma espécie de tatuagem, não permanecendo a pena apenas durante o tempo de sua condenação, mas sim eternamente, visto que a sociedade sempre os enxergará como ex detentos. Tal assunto irá se abordar no tópico posterior.

22 ALVIM, Wesley Botelho. A ressocialização do preso brasileiro. 2006. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2965/A-ressocializacao-do-presos-brasileiro>> Acesso em: 25 out. 2017.

23 FARIAS JÚNIOR, João. Manual de Criminologia. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 252.

2.3 VISÃO SOCIAL

Após passar pela previsão legal e a visão carcerária, se faz necessário enxergar o lado da sociedade, se aprofundando um pouco mais nesta vertente.

Atualmente se vive em um mundo cada vez mais violento, jornais, revistas, televisões, rádios, transmitem diariamente notícias sobre as constantes violências ocorridas no âmbito social, inocentes sendo mortos, famílias sendo destruídas, crianças violentadas, mulheres estupradas, roubo, furto, venda de ilícitos, diversas são as práticas de crimes ocorridas diariamente. Devido a todas estas circunstâncias a sociedade se encontra em um momento difícil, onde o sentimento de impunidade os toma, mas juntamente com esse sentimento vem a vingança, muitas vezes retornando a Lei de Talião “olho por olho, dente por dente”.

Vive-se em um momento em que não se traz o criminoso para perto, é como se o mesmo estivesse distante, que jamais fosse acontecer na família de alguém, não sendo possível nunca o seu filho, pai, mãe, irmã, ou até mesmo um amigo tomar uma decisão errada ou por situação alheia a sua vontade ir parar atrás das grades, todas essas possibilidades jamais passarão pela cabeça, pois segundo alguns “o crime é uma escolha”.

A sociedade não quer apenas que o indivíduo praticante do crime cumpra sua pena, mas sim que sofra, que pague severamente pelo que fez, muitos cogitam e apoiam a volta da prisão perpétua ou até mesmo da pena de morte, pois “bandido bom é bandido morto”.

Segundo Foucault:

[...] A pena transforma, modifica, estabelece sinais, organiza obstáculos. Qual seria sua utilidade se se tornasse definitiva? Uma pena que não tivesse termo seria contraditória: todas as restrições por ela impostas ao condenado e que, voltando a ser virtuoso, ele nunca poderia aproveitar, não passariam de suplicios; e o esforço feito para reformá-lo seria pena e custo perdidos, pelo lado da sociedade. Se há incorrigíveis, temos que nos resolver e eliminá-los. Mas para todos os outros as penas só podem funcionar se terminam.²⁴

Atualmente a população encontra-se desacreditada na justiça iniciando assim a prática da “justiça com as próprias mãos”, ocasionando diversas atrocidades, cometendo crime igualmente, porém sem enxergar a gravidade de seus atos. Um exemplo foi o caso de Fabiane Maria de Jesus, o qual foi espancada até a morte, pois uma página divulgou que a mesma sequestrava crianças para utilizá-las em rituais de magia negra, sendo assim, a população revoltada se reuniu e agrediu-a, ocasionando traumatismo craniano, levando-a a morte, após a tragédia foi descoberto que haviam divulgado a foto de Fabiane equivocadamente, que em nenhum momento esta foi responsável pela prática de qualquer crime, sendo vítima daqueles que lutavam pela “justiça”.²⁵

Conforme Gomes “Toda vingança é feita em nome da justiça, ou seja, quando a emoção fala mais alto que a razão, tudo quanto satisfaz a ira da massa ou a amargura dos familiares ou a falta de segurança coletiva passa a ser “válido” e “justo”.”²⁶

Recentemente houve um outro caso bastante polêmico, um jovem de 17 (dezesete) anos foi acusado de tentar furtar uma bicicleta, segundo relatos, a cena foi presenciada por dois indivíduos, no qual ao invés de chamarem a polícia, preferiram fazer justiça com as próprias mãos, tatuando na testa do ado-

24 FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramalhe. 38. ed. Petrópolis. Vozes, 2010. p.103.

25 ROSSI, Mariane. Mulher espancada após boatos em rede social morre em Guarujá, SP. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-espandada-apos-boatos-em-rede-social-morre-em-guaruja-sp.html>>. Acesso em: 09 out. 2017.

26 GOMES, Luiz Flávio. Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal civilização ou barbárie? São Paulo: Saraiva, 2014, p. 86/87. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502230033/cfi/4!/4/4@0.00:20.2>>. Acesso em: 28 set. 2017. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

lescente “sou ladrão e vacilão”, posteriormente filmaram o ato e colocaram na internet, como forma de mostrar que a justiça havia sido feita, levando diversas pessoas a concordar e ainda aplaudir o ato realizado pelos indivíduos.²⁷

Segundo Drechsel:

Já se passaram séculos desde que o poder público deixou de cortar as mãos de uma pessoa que tentou roubar um pedaço de pão, mas a sensibilidade de algumas pessoas parece regredir à barbárie. Nesse caso, o desconhecimento dos torturadores sobre a injustiça que estavam fazendo era tão grande, que o tatuador Maycon Wesley Carvalho dos Reis, 27 anos, e o vizinho Ronildo Moreira de Araújo, 29 anos, não se contentaram de apenas marcar o rosto do rapaz, mas quiseram ostentar o fato com vídeo compartilhado nas mídias sociais.²⁸

O que se questiona é, como essa tortura faria o adolescente aprender com o erro? Será que talvez os dois indivíduos que realizaram tal ato não o condenaram a uma eternidade de sofrimento? Onde se encontraria a proporcionalidade do ato? São inúmeras as perguntas a serem realizadas, mas tudo isso se faz refletir sobre a sociedade atual, o alto índice de desemprego²⁹ cresce dia após dia, então se for pensar entre dar uma oportunidade para uma pessoa “de bem” e um indivíduo o qual carrega em sua testa os dizeres de que é ladrão, a possibilidade de que o mesmo arrume emprego, torna-se praticamente impossível, fazendo com que o ato dos “justiceiros” não tenha qualquer caráter ressocializador, mas sim punitivo.

Um exemplo de que se pode haver mudança de vida através de oportunidades é o do ex detento Edilson Rafael dos Santos, no qual hoje é o responsável por chefiar a área de segurança da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (Apac) de Itaúna (MG), uma unidade prisional, no qual cumpriu sua pena há algum tempo atrás.³⁰

Segundo relatos de Santos:

Quando cheguei na Apac, tinha até a quarta série. Fiz até a oitava e, agora, estou estudando o resto na rua. Tem recuperando que tem cadeia muito alta que chegou analfabeto e faz facilidade à distância. Cada dia que eu ficava na Apac era um aprendizado para a minha vida. Foi aí que eu resolvi largar o crime e dar o valor na minha família.

Um ex-recuperando veio aqui dar um depoimento e falou que a maior tristeza da vida era a mãe e o pai dele não terem visto que ele mudou de vida. Isso me marcou. Eu falei: esse remorso eu não quero levar não.³¹

27 ARAÚJO, Glauco. Tatuador é preso por tortura após escrever ‘sou ladrão e vacilão’ na testa de adolescente no ABC. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/tatuador-e-presos-por-tortura-apos-escrever-eu-sou-ladrao-e-vacilao-na-testa-de-adolescente-no-abc.ghtml>> Acesso em: 09 out. 2017.

28 DRECHSEL, Denise. “Ladrão” tatuado na testa? Por que não fazer justiça com as próprias mãos. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/tatuador-e-presos-por-tortura-apos-escrever-eu-sou-ladrao-e-vacilao-na-testa-de-adolescente-no-abc.ghtml>>. Acesso em: 09 out. 2017.

29 SILVEIRA, Daniel; CAVALLINI, Marta. Desemprego fica em 13,3% em maio e atinge 13,8 milhões. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/desemprego-fica-em-133-no-trimestre-encerrado-em-maio.ghtml>> Acesso em: 09 out. 2017.

30 ABRANTES, Talita. A história de um ex-presos que hoje é chefe de segurança em cadeia. 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/a-historia-de-um-ex-presos-que-hoje-e-chefe-de-seguranca-em-cadeia/>> Acesso em: 12 out. 2017.

31 Idem.

Outro caso bastante interessante foi de Edson Roberto Guido, que com 19 anos acabou sendo condenado por tráfico de drogas, sendo detido na penitenciária de Ahú, em Curitiba, e após na Colônia Penal de Piraquara, lá iniciou o trabalho nas fábricas de material esportivo do programa Pintando a Liberdade, do Ministério do Esporte. Ao sair do presídio, montou uma cooperativa de artesãos de redes esportivas, hoje é dono de seu próprio negócio, a Redes Paraná, empregando assim cerca de 30 funcionários, sendo 50% ex-detentos.³²

O ex detento João dos Santos Ferreira, com 68 anos, passou 30 anos dentro do sistema carcerário, um certo dia encontrou um livro no lixo da cadeia, o qual mudou sua vida, terminando seus estudos dentro da penitenciária e através do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), conseguiu sua vaga no curso de direito, segundo o mesmo “Quero trabalhar na Defensoria Pública e defender alguém como eu, porque o estado não quer ou precisa só punir, quer também recuperar o cidadão”, afirmando ainda que “Somente a educação muda um ser humano e o mundo. Com ignorância você não arruma nada”.³³

Em um outro caso bastante divulgado pela mídia foi do ex-presidiário Lincoln Gonçalves Santos, que se formou em Direito e convidou para a sua banca de avaliação do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) a juíza que lhe concedeu a liberdade condicional, possuindo o trabalho como tema ‘A Educação como ferramenta de transformação e ressocialização dos detentos’ pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali), na cidade de São José, em Santa Catarina.³⁴

Através destes poucos exemplos citados, é possível verificar que há possibilidade de mudança, errar não significa persistir no erro eternamente, todas as pessoas são dignas de segundas chances, devendo a sociedade em geral mudar seu pensamento, realmente as vezes muitos deles não querem mudar de vida, preferem ir pelo caminho mais fácil, porém se um deles realmente quiser mudar, deve-se ajudar, estender uma mão, dar a oportunidade que o ex detento tanto precisa, porque como qualquer ser humano ele necessita de dinheiro, precisa de um trabalho para se sustentar e eventualmente sustentar aqueles que dependem dele. Quando não se oferecem oportunidades, a chance do indivíduo que outrora foi preso voltar a praticar crimes para sobreviver, é muito maior, e se isto ocorrer, será a sociedade que pagará novamente esta conta.

3 CONCLUSÃO

Após diversos períodos pelo qual a história percorreu, ainda há certos assuntos que parecem constantemente retroceder ao princípio e estagnar, mesmo se vivendo em um mundo onde a tecnologia avança dia após dia, a ciência descobre novos remédios, tratamentos e possíveis curas, contudo quando se fala em sistema carcerário, apenados e pena, logo as pessoas insistem em retornar ao passado e pedir punições mais severas, muitas vezes desacreditam no poder punitivo no Estado e preferem buscar a “justiça” com as próprias mãos, cometendo verdadeiras atrocidades pela busca daquilo que ao seus olhos parece ser o correto, contudo quando melhor observado e analisado, é apenas uma forma de vingança, levando aquele “indivíduo honesto” a ser tão culpado quando o criminoso, ambos praticando crime igualmente, porém cada qual com seu motivo específico.

32 EX-PRESIDIÁRIO se transforma em maior empresário de Minas na produção de redes esportivas. Correio de Uberlândia. 19 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.correiodeuberlandia.com.br/esportes/ex-presidiario-se-transforma-em-maior-empresario-de-minas-na-producao-de-redes-esportivas/>> Acesso em: 12 out. 2017.

33 EX-DETENDO cursa direito após 33 anos preso: ‘Educação muda o homem’. G1. 31 mai. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/sao-jose-do-rio-preto-aracatuba/noticia/2015/05/ex-detento-cursa-direito-apos-33-anos-presos-educacao-muda-o-homem.html>>. Acesso em: 12 out. 2017.

34 ANDRADE, Scheila. Ex-presidiário se forma em direito e apresenta TCC para juíza que o permitiu estudar. 2016. Disponível em: <<https://afolhabrasil.com.br/cultura/ex-presidiario-se-forma-em-direito-e-apresenta-tcc-para-juiza-que-o-permitiu-estudar/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

Aos que estão do lado de fora desse sistema é fácil manifestar seu repúdio aos indivíduos que outrora praticaram crime, muitas vezes alimentando esse ódio através de notícias inverídicas disseminadas por meio das mídias sociais, ferramenta está que possibilita que cada um fale o que deseja, plantando assim cada vez mais o ódio e o sentimento de vingança para com os apenados.

Conforme o exposto a pena possui caráter punitivo, preventivo e ressocializador, porém esta última característica é a mais difícil de ser colocada em prática, todos culpam o Estado pela falta de investimento, mas esquecem de atribuir a culpa para si mesmo, pensando o que cada um tem a ver com a falta da promoção da ressocialização.

Antes de qualquer coisa se faz necessário se colocar primeiramente no lugar do próximo, pensar que todos estão sujeitos a errar, a vida não possibilita oportunidades a cada ser humano de maneira igualitária, não cabendo deste modo afirmar que é “questão de escolha”, pois muitas vezes o caminho considerado o errado é o da sobrevivência, e este não é uma escolha, contudo mesmo para com aqueles que de certa forma tomaram a decisão errada e acabaram no mundo do crime, todos devem receber uma segunda chance, erros são cometidos diariamente, mas nenhum deles pode ter uma condenação eterna, pois se fosse assim a pena não teria seu caráter ressocializador, apenas o punitivo.

Com a pesquisa de campo pode-se compreender melhor a vivência dos apenados, possuindo um papel fundamental saber suas histórias de vida, seus planos, sonhos e metas para após o término do cumprimento da pena. Foi de grande importância este contato, para que assim a pesquisadora não se baseasse apenas nos livros, mas sim com um contato real com pessoas de verdade que estão passando pela situação tratada, fazendo com que fosse de fácil compreensão conseguir entender que não são bichos que estão presos atrás dos altos muros, mas sim seres humanos como qualquer outro, que merecem respeito e uma nova chance, pois possuem famílias que os aguardam lá fora e precisam de um emprego para manter sua casa, esposa e filhos, caso não encontrem a oportunidade que tanto precisam, o número de reincidência continuará a aumentar, ocasionando assim cadeias cada vez mais lotadas, gerando maiores gastos ao Estado e aumento de violência e criminalidade para a população.

Com relação a problemática central, o problema não é apenas o sistema carcerário em si, mas sim a falta de estrutura social, a sociedade não se encontra apta para receber uma pessoa que cometeu um crime e já cumpriu sua dívida para com o Estado, pois apesar de quitar este débito, perante a sociedade estará sempre marcado como o “ex detento”.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, Talita. **A história de um ex-presos que hoje é chefe de segurança em cadeia**. 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/a-historia-de-um-ex-presos-que-hoje-e-chefe-de-seguranca-em-cadeia/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

ALMEIDA, Cintia Jesus de. **A importância do trabalho na ressocialização do preso: aplicação efetiva da Lei de Execução Penal**. Disponível em: <<https://juridocerto.com/p/almeidaadvocacia/artigos/a-importancia-do-trabalho-na-ressocializacao-do-presos-aplicacao-efetiva-da-lei-de-execucao-penal-802>>. Acesso em: 25 out. 2017.

ALVIM, Wesley Botelho. **A ressocialização do preso brasileiro**. 2006. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2965/A-ressocializacao-do-presos-brasileiro>>. Acesso em: 25 out. 2017.

ANDRADE, Scheila. **Ex-presidiário se forma em direito e apresenta TCC para juíza que o permitiu estudar**. 2016. Disponível em: <<https://afolhabrasil.com.br/cultura/ex-presidiario-se-forma-em-direito-e-apresenta-tcc-para-juiza-que-o-permitiu-estudar/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

ARAÚJO, Glauco. **Tatuador é preso por tortura após escrever ‘sou ladrão e vacilão’ na testa de adolescente no ABC**. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/tatuador-e-presos-por-tortura-apos-escrever-eu-sou-ladrao-e-vacilao-na-testa-de-adolescente-no-abc.ghtml>>. Acesso em: 09 out. 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro. Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6 ed. Outubro de 2011. 3. reimpr. Ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2017.

_____. **Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2017.

DIAS, Fábio Coelho. **A penitenciária de Florianópolis e sua evolução no tempo**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8454>. Acesso em: 05 out 2017.

DRECHSEL, Denise. **“Ladrão” tatuado na testa? Por que não fazer justiça com as próprias mãos**. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/tatuador-e-presos-por-tortura-apos-escrever-eu-sou-ladrao-e-vacliao-na-testa-de-adolescente-no-abc.ghtml>>. Acesso em: 09 out. 2017.

EX PRESIDÁRIO se transforma em maior empresário de Minas na produção de redes esportivas. **Correio de Uberlândia**. 19 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.correiodeuberlandia.com.br/esportes/ex-presidiario-se-transforma-em-maior-empresario-de-minas-na-producao-de-redes-esportivas/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

EX-DETENDO cursa direito após 33 anos preso: ‘Educação muda o homem’ **G1**. 31 mai. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/sao-jose-do-rio-preto-aracatuba/noticia/2015/05/ex-detento-curso-direito-apos-33-anos-presos-educao-muda-o-homem.html>>. Acesso em: 12 out. 2017.

FARIAS JÚNIOR, João. **Manual de Criminologia**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramalhe. 38. ed. Petrópolis. Vozes, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal civilização ou barbárie?** São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502230033/cfi/4!/4/4@0.00:20.2>>. Acesso em: 28 set. 2017. (virtual).

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

ROSSI, Mariane. **Mulher espancada após boatos em rede social morre em Guarujá, SP**. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-espancada-apos-boatos-em-rede-social-morre-em-guaruja-sp.html>>. Acesso em: 09 out. 2017.

SANTA CATARINA. **Plano Diretor do Sistema Penitenciário do Estado de Santa Catarina**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/plano-diretor/anexos-plano-diretor/pdsp_sc.pdf>. Acesso em: 05 out. 2017.

SILVEIRA, Daniel; CAVALLINI, Marta. **Desemprego fica em 13,3% em maio e atinge 13,8 milhões**. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/desemprego-fica-em-133-no-trimestre-encerrado-em-maio.ghtml>>. Acesso em: 09 out. 2017.

THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. São Paulo. Companhia das Letras, 1999.

VIGNE, Valmor. **Prisão e Ressocialização**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídica, 2001. Disponível em: <<file:///C:/Users/Admin/Desktop/Previdenci%C3%A1rio/179236.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2017.

A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DO ATIVISMO JUDICIAL TRANSNACIONAL: AÇÕES ENGAJADAS E PARTICIPATIVAS

THE DEFENSE OF HUMAN RIGHTS THROUGH TRANSNATIONAL JUDICIAL ACTIVISM: ENGAGED AND PARTICIPATORY ACTIONS

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori¹

Marlise da Rosa Luz²

Resumo: Este trabalho inclui reflexões sobre a influência da globalização na ordem jurídica estatal; a emergência de movimentos sociais capazes de promover a ampliação dos espaços públicos participativos; e ainda, a identificação do ativismo judicial transnacional como importante meio de atuação extra estatal da sociedade civil em prol dos direitos humanos. Nas últimas décadas identificou-se um comprometimento do Estado frente o contexto internacional, bem como, a emergência de mobilizações sociais emancipatórias, que perpassam as fronteiras do Estado-nação. Assim, utiliza-se o método dedutivo, mediante revisão bibliográfica exemplificando-se com casos envolvendo o Brasil junto à Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-Chave: ativismo judicial transnacional. Globalização. Movimentos sociais. Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Abstract: *This work includes reflections on the influence of globalization in the state legal order; The emergence of social movements capable of promoting the expansion of participatory public spaces; As well as the identification of transnational judicial activism as an important means of civil society's extra-state action in favor of human rights. In recent decades, the state has been compromised by the international context, as well as by the emergence of emancipatory social mobilizations that cross the frontiers of the nation-state. the deductive method is used, through a bibliographic review and analysis of three cases involving Brazil with the Inter-American Court.*

Keywords: *Transnational judicial activism. Globalization. Social movements. Inter-American System of Human Rights.*

1 INTRODUÇÃO

Desde a última década do século XX, sob influência da globalização, a assunção do modelo econômico-político capitalista caracterizado pela mudança nos modelos de produção, desenvolvimento de mercados de capitais para além das fronteiras nacionais, e o afastamento do papel do Estado frente aos interesses econômicos internacionais, trouxe severas consequências nas relações sociais internas.

A preocupação política e econômica dos Estados com o meio internacional subverteu a função tradicional de incrementar a qualidade de vida de seus nacionais e a assistência dos mais vulneráveis.

1 Instituição- Unilasalle Canoas/RS. Mestre e Doutora em Direito pela UFSC. Professora do PPG em Direito e Sociedade e da graduação em Direito da Universidade LaSalle – Canoas/RS. Coordenadora do Projeto Universal MCTI/CNPq n. 1/2016 (Em Busca de Novas Gramáticas para os Direitos Humanos: inovações sócio-jurídicas-políticas entre América Latina e África). E-MAIL: daniela.cademartori@unilasalle.edu.br.

2 Unilasalle Canoas/RS. Mestre em Direito e Sociedade pela Unilasalle Canoas/RS.

É nessa perspectiva que o presente trabalho inicia sua abordagem sobre o ativismo judicial transnacional e a ampliação de espaços públicos, destacando preliminarmente a forma como a globalização, assim compreendida no enfoque econômico, interferiu nas relações sociais internas, inclusive no Brasil, quando, à época, estava diante da nova Constituição Federal.

Admite-se por ativismo judicial transnacional, como sendo ações judiciais, ou quase judiciais, junto a órgãos ou instituições internacionais que buscam o fortalecimento de mobilizações sociais; mudanças nas políticas legais internas; proteção e reconhecimento de direitos; ou ainda, instigar os Estados da importância e prevalência de normas internacionais e internas de direitos humanos.

Na compreensão da complexidade das mudanças que envolvem a globalização - assim compreendida como um fenômeno de múltiplas faces, seja de natureza econômica, social, política, cultural, religiosa e também jurídica, e que se identifica quando se deixa de poder separar ações locais do cenário que abrange o mundo como um todo - a teoria da ação comunicativa ocupa um lugar central na compreensão dos espaços públicos.

Na sequência, no segundo momento, é apresentado o paradigma emergente dessa realidade, destacando os movimentos sociais, como uma proposta de participação mais ampla e sólida, vinculada à ideia de democracia mediante efetiva participação em instâncias diversas de deliberação e decisão, sejam elas estatais ou da sociedade civil.

Nessa ideia, parte-se da contribuição de Maria da Glória Gohn, sobre os movimentos sociais como instrumentos para redefinição de espaços públicos, e acrescenta-se os ensinamentos de Jürgen Habermas, que parte da complexidade do mundo da vida como o espaço onde emergem as aspirações, capacidades e desejos dos grupos sociais

Também é feita uma abordagem sobre a concepção de direitos humanos a partir práticas sociais emancipatórias, conforme a contribuição crítica de Joaquín Herrera Flores, jurista sevilhano que buscou compreender a produção do direito a partir dos novos processos e movimentos sociais que acabam, muitas vezes, por propor uma renovação da análise social, política e jurídica.

Por fim, enfatiza-se o ativismo judicial transnacional como exemplo de novas práticas sociais e novas subjetividades no cenário internacional em prol da proteção e luta pelos direitos humanos, a partir da análise de três casos envolvendo o Brasil junto a Corte Interamericana de direitos humanos: o caso Ximenes Lopes - incluiu discussão sobre proteção das pessoas com transtornos mentais; o da Maria da Penha Fernandes - abordou sobre violência doméstica e impunidade; e o da Hidrelétrica de Belo Monte - destacou a proteção sócio-ambiental da floresta amazônica.

Portanto, a partir de uma pesquisa teórico-dedutiva, o presente trabalho propõe a compreensão da influência da globalização no desenvolvimento de novas práticas políticas e ressalta-se o ativismo judicial transnacional, como um importante instrumento fortalecedor de práticas civis extraterritoriais de proteção, efetivação e difusão dos direitos humanos.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E A ORDEM INTERNA ESTATAL

O fenômeno da globalização congrega uma temática inquietante, que cada vez mais “parece questionar a ordem mundial, que mantém o equilíbrio entre Estados-nações soberanos com base no direito internacional”. Neste sentido, a sociologia jurídica, não é de hoje, propõe-se a discutir a terminologia, os aspectos e a abrangência da globalização nas relações sociais. “Alguns autores falam de ‘globalização’ e outros, de ‘mundialização’; até existem aqueles que preferem usar uma palavra a mais, [...] a ‘internacionalização’” (ARNAUD, 2000, p. 2; 348). Em suma, em época de constantes mudanças globais, assume-se uma compreensão de que o termo globalização é uma palavra polissêmica, e com isso, possui uma grande abrangência de vários significados.

Sousa Santos (2011, p. 26), nesse aspecto, expõe que “uma revisão dos estudos sobre os processos de globalização mostra-nos que estamos perante um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligada de modo complexo”. Ou seja, é importante atentar-se para a influência dos efeitos da globalização econômica e política, no inter-relacionamento entre o Estado e a sociedade, nas políticas públicas, bem como, na cultura política.

O desenvolvimento de inter-relações e conexões que ultrapassam as barreiras fronteiriças dos Estados impactam, sobremaneira “a regulação jurídica de tipo clássica” (ARNAUD, 2005, p. 3), até então, peculiar dos Estados soberanos, especialmente porque dentre muitos efeitos da globalização, está incluída a alteração da noção de soberania e cidadania.

Nesse sentido, De Julius-Campuzano (2009, p. 83) assevera que:

A intensificação dos fluxos comerciais no âmbito transnacional e a crescente dependência dos Estados com relação às corporações transnacionais, às grandes instâncias econômicas e às forças que operam no mercado global, têm consequências diretas sobre a capacidade de controle dos Estados sobre suas iniciativas de governo e seus programas políticos.

Em verdade, com o fim da bipolarização da Guerra Fria, observou-se o declínio do paradigma socialista do Estado centralizador, autossuficiente e totalitário, assumido pela extinta União Soviética. Em contrapartida, viu-se também a assunção da superioridade do modelo econômico-político dos Estados Unidos. Esse novo momento favoreceu o surgimento e o crescimento da influência norte-americana sobre novas zonas internacionais. Paralelamente ocorre a emergência de um discurso sobre a necessidade de restringir a atuação do Estado no aspecto social e regulador, sob o fundamento de que “o Estado intervencionista tende a gerar desequilíbrio fiscal, agravado, nos países em desenvolvimento, pela contratação de enormes empréstimos internacionais.” É neste contexto que se dá o *Washington Consensus*, a partir de um evento ocorrido no fim da década de 1980, quando economistas do governo norte-americano, do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional (FMI) estabeleceram medidas voltadas à estabilização econômica dos países em desenvolvimento. (VIEIRA, 2002, p. 470).

A partir desta proposta, implantam-se programas de ajustes estruturais que incluem “a austeridade fiscal, privatizações de empresas que não dão lucro ao Estado e liberalização dos mercados”, ou seja, medidas que deveriam contribuir para uma melhor gestão dos serviços públicos e para a criação ou estímulo de programas sociais. (TEIXEIRA, 2011, p. 13).

De modo geral, a partir dessa época, muitos países da América Latina, inclusive o Brasil, aproximaram-se desse modelo econômico e político. Acreditava-se que a adesão ao mercado internacional pela abertura ao capital estrangeiro fosse o meio para sustentar o crescimento e a modernização industrial.

Contudo, a efetivação destas medidas acabou por ocasionar consequências severas nos países, eis que a preocupação política e econômica dos Estados, voltada aos interesses internacionais, fez com que relegassem sua função de incrementar a qualidade de vida de seus nacionais e a assistência dos mais vulneráveis. Os Estados que haviam passado a orientar suas decisões conforme as diretrizes das grandes corporações industriais, comerciais e financeiras (tais como FMI, Banco Mundial, além de ficarem condicionados às diretrizes normativas supranacionais, acabaram por “[...] retroceder em seus programas de ação social e econômica, bem como a abdicar dos conteúdos básicos do direito regulador [...]” (DE JULIUS-CAMPUZANO, 2009, p. 85).

No caso do Brasil, esta perspectiva, que acompanhou a globalização econômica dos finais do século XX, fez-se anunciar ao longo dos anos de 1990. À época, o Brasil ainda estava diante da novíssima Constituição Federal de 1988, considerada um modelo de “constitucionalismo dirigista ou de caráter social”, que trazia, de modo inovador na história constitucional do país, em seu conteúdo obrigações positivas ao Estado. (VIEIRA, 2002, 468). A efervescência do sentimento democrático, após um longo período de repressão e autoritarismo ditatorial, havia instigado a formação de um Estado Democrático

de Direito, baseado numa sociedade livre, justa e solidária, cujas grandes metas incluíam a erradicação da pobreza e da histórica marginalização de amplos setores da população, a redução das desigualdades sociais e regionais, conforme os termos do artigo terceiro da Carta Magna. O texto constitucional também inovou com “a institucionalização dos direitos humanos”, ressaltando a dignidade humana e os direitos e garantias fundamentais como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro; os “princípios da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos, do repúdio ao terrorismo e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, nos termos do art. 4º, II, III, VIII e IX, da Carta”; sem deixar de incluir dentre os direitos constitucionalmente protegidos, aqueles enunciados nos tratados internacionais de que for signatário. (PIOVESAN, 2012, p. 437; 444).

É neste contexto que Vieira (2002) afirma que a onda neoliberal pegou o Constitucionalismo brasileiro no contrapé: as novas diretrizes político-econômicas emergentes no meio internacional acabaram por influenciar a efetivação da própria Constituição de 1988.

Aos poucos, o Brasil acabou por conciliar sua nova Constituição às orientações econômicas internacionais, vindo a promover inúmeras mudanças no seu texto constitucional com uma sequência de Emendas à Constituição, que incluíram conceitos, tais como de empresa de capital nacional e monopólios, concessão às empresas privadas da exploração de serviços, privatizações, reformas nas regras do funcionalismo público, na previdência social, acrescentando ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal, o “princípio da eficiência”. As medidas tomadas ao longo dos anos, desde a promulgação da Constituição Federal, foram efetivadas “sob o argumento de que é necessário buscar adaptar o Estado brasileiro às demandas da globalização”. (VIEIRA, 2002, 473).

O sistema jurídico nacional passou a assumir, prioritariamente, um enfoque econômico, voltado à manutenção e gestão financeira interna do Estado, em atenção aos ajustes e acordos internacionais. Identificou-se, como consequência, um estatuto organizativo estatal com limitações ao discurso democrático, pois se inviabilizava a intervenção da cidadania no controle de seu futuro, bem como seus interesses políticos específicos.

Na medida em que os direitos fundamentais passaram a ser sopesados frente às possibilidades econômicas internas, o Estado, ao mesmo tempo que garantidor dos direitos humanos, passou a assumir, e em muitos casos, manter uma postura de violador desses direitos ao limitar sua atuação e proteção por conta dos interesses financeiros. Ainda que não fosse o efetivo violador, o Estado brasileiro – em específico – passou a apresentar-se tão comprometido que sequer podia reagir a tais violações.

3 O PAPEL DOS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS NA CONSTRUÇÃO E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E NA AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS PÚBLICOS

A realidade vivenciada desde a última década do século XX, especialmente pela prevalência do enfoque econômico sobre os direitos fundamentais, determinou o surgimento de uma compreensão crítica à concepção de democracia e cidadania representativas. Identificou-se a necessidade de uma atuação mais ampla e sólida, vinculada à ideia de democracia mediante efetiva participação em instâncias diversas de deliberação e decisão, sejam elas estatais ou da sociedade civil.

Maria da Glória Gohn, importante teórica e pesquisadora brasileira sobre temas como movimentos sociais, participação, associativismo e cidadania, refere que desde a metade dos anos 80 ocorreram mudanças na conjuntura política, tanto nacional quanto internacionalmente³, ponderando que as transformações

3 Nacionalmente ocorreu “a redemocratização do país; e internacionalmente, com a queda do muro de Berlim e a crise dos regimes socialistas do leste europeu”. (GOHN, 2005, p.53).

Mais significativas foram na conjuntura econômica, com a estruturação e o rápido crescimento da globalização, elevando à reestruturação produtiva das nações, ao desemprego, e às reformas estatais orientadas para reequilibrar a crise fiscal, balança de pagamento etc. (GOHN, 2005, p.53).

A autora enfatiza o surgimento de novas características envolvendo as relações entre o Estado e a sociedade. O papel do Estado também passou por uma reestruturação, assumindo uma função essencialmente gerencial e administrativa de recursos, o que teria “levado à privatização de serviços essenciais, à emergência de novos parceiros no atendimento de questões sociais, e à estratificação desse entendimento segundo os imperativos da lógica do mercado.” O encolhimento do Estado, levou a um encolhimento da esfera social com reflexos na cidadania plena⁴, assim compreendida pela autora como aquela “moldada na tradição republicana, que pressupõe o conhecimento e a consciência ética dos processos políticos da pátria e do mundo em que se vive.” (GOHN, 2005, p. 11, 29).

Nesse novo cenário, a autora enfatiza a emergência paralela de sujeitos sociopolíticos e culturais que entraram em cena:

[...] no início do deste novo milênio, diferentes organizações, movimentos e entidades sociais continuam lutando por condições de habitabilidade nas cidades em áreas como, segurança pública, trânsito, poluição, moradia, saúde, educação (formal e não-formal destacando-se nesta última as centenas de programas com crianças, jovens, adolescentes, portadores de diferentes doenças, usuários de drogas, etc.); assim como pela qualidade dos serviços públicos, áreas verdes, recuperação de áreas centrais, dentre outros. Novos movimentos sociais tem sido criados nas zonas periféricas, que também se tornaram heterogêneas, sob a forma de organizações locais, e luta de comunidades territoriais específicas. Organizações não-governamentais (ONGs), que demandam e constroem ações pela cidadania (em lutas contra a pobreza, a exclusão e a discriminação), e programas e políticas sociais de inclusão social completam o cenário onde o novo associativismo se desenvolve, articulado por diferentes redes sociais. (GOHN, 2005, p. 14).

Ou seja, a medida que o contexto sócio-político interno estava voltado ao pragmatismo econômico, aos projetos e acordos de perfil neoliberal, com preocupações táticas que resolvam problemas técnicos da economia, ocorre a emergência de novos atores, sujeitos sociais, antes organizados em movimentos e ações coletivas de protestos, agora com enfoque nas políticas públicas, facilitados por redes formadas pelo inter-relacionamento de diferentes partes do mundo, produzidos pelo fenômeno da globalização⁵. A novidade está em que “os movimentos sociais na atualidade tematizam e redefinem a esfera pública, tem grande poder de controle social e constroem modelos de inovações sociais.” (GOHN, 2010, p. 16-17).

Nesse aspecto, enfatiza-se a perspectiva de Jürgen Habermas, de que a participação relaciona-se com a criação, consolidação e regulamentação de espaços públicos autônomos (desvinculados do poder público) de deliberação, orientados segundo a ótica da teoria discursivo-comunicativa.

Jürgen Habermas, apresenta importante contribuição a respeito de espaço público, política, democracia e direito.⁶ O referido filósofo, a partir da interpretação dos fenômenos da sociedade moderna, propôs uma compreensão da legitimação do Direito a partir do reconhecimento dos próprios cidadãos

4 Sobre os diferentes sentidos da cidadania, ver: CADEMARTORI, D. M. L. de; CADEMARTORI, S. U. A Busca de uma cidadania sul-americana no contexto da Unasul. Revista Eletrônica Direito & Política. PPCJ da Univali, Itajaí, v. 9, n. 2, p. 1116-1140, 2014.

5 Neste sentido, recorda-se a compreensão de globalização de Anthony Giddens, para quem: “A globalização não é apenas nem primordialmente um fenômeno econômico, e não deve ser equacionada com o surgimento de um ‘sistema mundial’. A globalização trata efetivamente da transformação do espaço e do tempo. Eu a defino como *ação a distância*, e relaciono sua intensificação nos últimos anos ao surgimento da comunicação global instantânea e ao transporte de massa.” (1996, p. 12-3).

6 A Teoria da Ação Comunicativa é uma obra elementar desenvolvida por Jürgen Habermas. Inicialmente foi aplicada no âmbito da ética, no seu livro *Consciência moral e agir comunicativo* (HABERMAS, 1989) e na obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* (HABERMAS, 1997), o autor amplia a seara de aplicabilidade do princípio discursivo, estendendo-o ao Direito.

como os produtores das leis, ou seja, como os sujeitos que interagem no espaço público e podem interferir na realidade social, deixando de ser meros destinatários. “Trata-se de importante inovação, pois tradicionalmente a Teoria do Direito trabalha com a categoria de destinatários das normas jurídicas, o que supõe uma instância produtora e outra receptora das leis.” (MESQUITA, 2012, p. 43).

O conceito de espaço público ou esfera pública de Habermas ganhou especial importância, na medida em que o autor “passa a trabalhar com o paradigma da comunicação, compreendendo a sociedade como uma permanente tensão entre o mundo sistêmico e o mundo da vida.” (OLIVEIRA; FERNANDES, 2011, p. 117).

Na perspectiva habermasiana, a comunicação existente no mundo sistêmico difere da comunicação existente no mundo da vida. Aquela é “compreendida pela economia e pelo aparato estatal [...] pautado pela lógica instrumental, pelas relações impessoais, pela busca de resultados que atendam ao bom desempenho administrativo e técnico do Estado e o lucro e a produtividade do mercado”. Em contrapartida, “o mundo da vida é formado pela coordenação da ação através da comunicação, da linguagem, com sujeitos em interação.” (OLIVEIRA; FERNANDES, 2011, p. 124).

Nessa lógica, é no mundo da vida que surgem os descontentamentos, privações e conflitos e que emergem as aspirações, capacidades e desejos dos grupos sociais, que se configuram como alternativas de vida, por formas mais concretas de atendimento às necessidades, tanto materiais quanto morais.

Oliveira e Fernandes (2011), trazem importante contribuição sobre a concepção de esfera pública na vida moderna:

[...] um fórum importante para onde discussões e debates de questões sociais relevantes são trazidos à luz por indivíduos e coletividades, inclusive por aqueles que eventualmente sintam-se excluídos. Na esfera pública, as minorias tentam defender-se da cultura majoritária, contestando a validade do auto-entendimento coletivo, e se esforçando para convencer públicos amplos da pertinência e justiça de suas reivindicações. É nesse espaço, possibilitado pela comunicação, que sujeitos vão colocar seus pontos de vista, suas experiências e perspectivas do que acham justo e tentar convencer os outros da validade de seus propósitos. (OLIVEIRA; FERNANDES, 2011, p. 127).

Ou seja, conforme a concepção de Jürgen Habermas, a comunicação existente no mundo da vida tem papel importante, seja para oportunizar discussões relevantes e novas perspectivas na sociedade, seja para sugerir novos meios de ações a partir de um entendimento entre os sujeitos. As possibilidades questionadoras da comunicação oportunizadas pelo mundo da vida “alimenta não apenas seus participantes mais diretos, mas impulsiona a sociedade democrática, afinal, a pluralidade e a diversificação de modos de vida estão presentes no mundo da vida.” (OLIVEIRA; FERNANDES, 2011, p. 125).

Com isso, a ênfase que se destaca neste ponto inclui a discussão sobre a participação ativa da sociedade, o papel dos diferentes instrumentos para o exercício da cidadania, bem como, a importância da ampliação, ocupação e convivência em espaços públicos a partir da atuação de movimentos sociais engajados.

Por outro lado, partindo-se da interpretação de Joaquín Herrera Flores, de que os direitos humanos são algo mais do que um conjunto de normas formais que os reconhecem e os garantem em nível nacional ou internacional, enfatiza-se sua contribuição a partir de uma teoria crítica dos direitos humanos, com vistas a compreender a produção do direito a partir de práticas sociais emancipadoras.

Para o jusfilósofo sevilhano, após as duas grandes guerras que assolaram o continente europeu durante o século XX, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, surge o conceito de direitos humanos, o qual “[...] consolida-se como a visão ‘natural’ e ‘universal’, expressa de modo diáfano e com matizes universais nas ‘normas’ e textos que surgem a partir da ordem institucional global das Nações

Unidas.⁷ Todavia, vivencia-se hoje, uma nova fase histórica, especialmente desde o fim dos anos oitenta e princípios dos noventa do século passado, com a queda do socialismo e a consequente expansão global do modo de produção e de relações sociais capitalistas. (HERRERA FLORES, 2004, p. 103). Ou seja, entende que a globalização⁸, no modelo neoliberal, caracteriza-se como a nova fase, e as características de apropriação do capital estão provocando uma mudança importante na conceituação dos direitos humanos.

Seguindo ainda a teoria de Herrera Flores (2009), a progressiva instauração de uma ordem global sustentada na apropriação do capital e o surgimento de uma consciência de injustiças e desequilíbrios conduzidos pela globalização, estão provocando o surgimento de processos de reação social, que não se conformam com as tradicionais formas de participação e articulação social. São essas reações compreendidas como processos de lutas que constituem o desafio da nova fase mundial para reconhecimento dos direitos humanos.

Non podemos entender os direitos sem vê-los como parte da luta de grupos sociais empenhados em promover a emancipação humana, apesar das correntes que amarram a humanidade na maior parte de nosso planeta. Os direitos humanos não são conquistados apenas por meio das normas jurídicas que propiciam seu reconhecimento, mas também, e de modo muito especial, por meio das práticas sociais de ONG's, de Associações, de Movimentos Sociais, de Sindicatos, de Partidos Políticos, de Iniciativas Cidadãs e de reivindicações de grupos, minoritários (indígenas) ou não (mulheres), que de um modo ou de outro restaram tradicionalmente marginalizados do processo de positivação e de reconhecimento institucional de suas expectativas. (HERRERA FLORES, 2009, p. 77).

Na perspectiva adotada pelo jurista sevilhano, serão as práticas sociais emancipatórias, proporcionando “um ‘intervencionismo humanitário’ levado a cabo pelos próprios atores sociais”, que irão ensejar a consolidação da participação dos

Indivíduos, grupos e organizações na hora de construir um marco de ação que permita a todos e a todas criar as condições que garantam de um modo igualitário o acesso aos bens materiais e imateriais que fazem com que a vida seja digna de ser vivida. (HERRERA FLORES, 2009, p. 77; 25).

Nesta compreensão de direitos humanos eles são percebidos “como processos institucionais e sociais que possibilitem a abertura e a consolidação de espaços de luta pela dignidade humana”, sendo que constituídos a partir da afirmação da luta do ser humano para ver cumpridos seus desejos e necessidades nos contextos vitais em que está situado.” (HERRERA FLORES, 2009, p. 25).

Nesse aspecto, enfatiza-se a concepção de direitos humanos como reações, movimentos e evolução de circunstâncias históricas, que se fortalecem a partir de novas forças transformadoras, concepção essa que tem conexão com os movimentos sociais emancipatórios, assim compreendidos como mobilizações coletivas da sociedade, de natureza sócio-política ou cultural, que viabilizam formas de discussões e organizações de seus interesses e demandas.

7 “[...] se consolida como la visión ‘natural’ y ‘universal’ que se expresa diáfana y con matices universalistas en las ‘normas’ y textos que van surgiendo del orden institucional global de Naciones Unidas” (tradução livre – HERRERA FLORES, 2004, p. 87).

8 “La nueva fase de la globalización, la denominada ‘neoliberal’, puede caracterizarse en términos generales bajo cuatro características articuladas: a) la proliferación de centros de poder (el poder político nacional se ve obligado a compartir ‘soberanía’ con corporaciones privadas y organismos globales multilaterales), b) la inextricable red de interconexiones financieras (que hacen depender las políticas públicas y la ‘constitución económica’ nacional de fluctuaciones económicas imprevisibles para el ‘tiempo’ con el que juega la praxis democrática en los Estados Nación), c) la dependencia de una información que vuela en tiempo real y es ‘cazada’ por las grandes corporaciones privadas con mucha mayor facilidad que por las estructuras institucionales de los Estados de Derecho), y d) el ataque frontal a los derechos sociales y laborales (que está provocando que la pobreza y la tiranía se conviertan en ‘ventajas comparativas’ para atraer inversiones y capitales). (FARIA apud HERRERA FLORES, 2010, p. 103-104).

4 O ATIVISMO JUDICIAL TRANSNACIONAL: UMA PROPOSTA DE AMPLIAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A globalização compreendida, numa visão geral, como uma ampliação do espaço-tempo, desterritorialização e transnacionalização, seja econômica, tecnológica e cultural, como visto, acaba por difundir novos espaços que favorecem a atuação de novos atores, sejam movimentos e organizações não estatais, plurais e transnacionais.

Na evolução dos movimentos dos direitos humanos, houve não só ampliação do conceito como também uma evolução que vai da conquista de novos direitos à criação de instrumentos que assegure efetivamente, a observância dos direitos conquistados. (CATÃO, 2005, p. 364).

Nessa perspectiva, destaca-se o “ativismo judicial transnacional”, a partir do conceito trabalhado por Santos (2007, p. 28):

[...] um tipo de ativismo focado na ação legal engajada, através das cortes internacionais ou instituições quase judiciais, em fortalecer as demandas dos movimentos sociais; realizar mudanças legais e políticas internas; reestruturar ou redefinir direitos; e/ou pressionar os Estados a cumprir as normas internacionais e internas de direitos humanos.

Ou seja, parte-se de uma concepção de “ativismo judicial transnacional” como uma mobilização judicial, com destaque à atuação de atores sociais, como Organizações não Governamentais (ONGs), movimentos sociais, associações civis, que motivados por uma diversidade de interesses, desafiam a globalização neoliberal em prol dos direitos humanos. (SANTOS, 2007, p. 32).

Destaca-se também, a atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, importantes órgãos internacionais integrantes do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, que oportunizam a discussão, propulsão e debates sobre os direitos humanos na América Latina. Referidos órgãos, foram criados pela Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamado Pacto de São José em 1969, o qual foi ratificado pelo Brasil em 1992.

Na perspectiva de ampliação dos horizontes de participação social, a consolidação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos como uma esfera pública, projeta um cenário de profundas transformações nos processos de produção da legitimidade social dos diferentes interesses. Em verdade, tais processos tendem a deslocar-se da órbita exclusiva do Estado para o âmbito dos intercâmbios comunicativos, o que, por sua vez, poderá ter maior força argumentativa. Como refere Sousa Santos (2011, p. 48), “terá maior impacto se tiver ressonância em escalas mais amplas de legalidade, articulando-se nacional e internacionalmente”.

Diz-se isso porque parte-se da concepção de ativismo como ação engajada e de uma concepção de direitos fundamentais em constante processo de transformação, que acompanha a sociedade e consequentemente suas necessidades de proteção.

Abaixo, alguns exemplos com base em casos envolvendo o Estado brasileiro que foram analisados pela Comissão e pela Corte IDH, em que se pode identificar a importância participativa da sociedade junto a esses órgãos e os reflexos internos no âmbito jurídico de proteção dos direitos fundamentais.

- a) A condenação no Caso Ximenes Lopes⁹, por exemplo, foi o primeiro caso em que o Brasil foi condenado no sistema interamericano. A vítima fora internada em casa de tratamento psiquiátrico no Ceará, em setembro de 1999, torturada, vindo a óbito três dias após a internação. Na sentença da Corte, houve o reconhecimento da responsabilidade do Brasil na violação à vida e à integridade pessoal e a inexistência do direito às garantias judiciais. Ainda, sua repercussão ensejou a criação de regras voltadas a políticas públicas para proteção dos direitos das pessoas com transtornos mentais, com a promulgação da Lei nº 10.216/2001;
- b) O caso emblemático de Maria da Penha Maia Fernandes, versando sobre violência doméstica e impunidade. Foi levado ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos através da mobilização de ONGs, quando então, o Brasil foi responsabilizado por omissão e negligência em relação à violência doméstica contra a mulher, recomendando a adoção de várias medidas, entre elas simplificar os procedimentos judiciais penais e a adoção de medidas em âmbito nacional com a finalidade de eliminar a condescendência do Estado com a violência doméstica. (SANTOS, 2007, p. 440-45). Como reflexo desta condenação, o Brasil aprovou a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), com regras específicas para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.
- c) O caso da Hidrelétrica de Belo Monte, situada na bacia do rio Xingu, sudoeste do estado do Pará, cujo empreendimento federal visa, em plena floresta amazônica, a independência energética para fomentar o desenvolvimento econômico¹⁰. Neste caso, a mobilização de povos indígenas, ribeirinhos, quilombolas e agricultores familiares, buscou o respeito por parte do Estado brasileiro, das normas protetivas do meio ambiente e dos direitos humanos. Houve grande participação e coalizão de instituições estaduais, nacionais e internacionais – Organizações Não Governamentais (ONGs) socioambientalistas, sindicatos de trabalhadores rurais e urbanos, organizações religiosas, associações de moradores, cuja proporção ultrapassou as barreiras internas do país, chegando à Organização das Nações Unidas (ONU) e Organização dos Estados Americanos (OEA). (SIQUEIRA; SILVA, 2015, p. 177-202).

Em suma, estes exemplos dão evidência da relevância de espaços públicos que oportunizem a atuação da sociedade civil, e de como ela pode estar presente na construção e na defesa do discurso dos interesses dos menos favorecidos, excluídos, desprotegidos. No Brasil, as políticas públicas, ou reformas jurídicas internas que sejam necessárias, são feitas essencialmente pelo Estado. A sociedade civil praticamente não tem a possibilidade de promover e incorporar demandas sociais. Nesse sentido, dos casos acima observados, pode-se perceber um dos principais impactos que vem sendo obtidos junto ao Brasil com o ativismo jurídico transnacional: a provocação de mudanças nas políticas públicas internas em casos em que o Estado brasileiro se omite e quando identificada a sua incompatibilidade com os compromissos assumidos em Tratados internacionais de direitos humanos.

É nesse sentido que o ativismo jurídico transnacional apresenta-se como importante instrumento de luta, proteção e garantia de direitos fundamentais a partir da atuação participativa e ativa da sociedade civil e seus movimentos sociais junto a espaços que apesar de estarem além do Estado - como é o caso da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos – seguem sendo o principal centro seja profanadores ou promotores dos direitos humanos.

⁹ Os dados completos sobre este caso estão disponíveis em: <<http://www.cidh.oas.org/demandas/12.237%20Ximenes%20Lopez%20Brasil%201oct04.pdf>>.

¹⁰ O Caso iniciou a sua tramitação no final de 2015, quatro anos após a sua apresentação, encontrando-se em etapa de análise de admissibilidade por parte da Comissão IDH. Cf. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/06/13/belo-monte-cristalizacao-do-retrocesso-ambiental-e-de-direitos-humanos/>> Acesso em: 15 dez. 2017.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A globalização, assim compreendida como um fenômeno multifacetado e complexo que permite novas conexões de tempo e espaço tem influenciado no desenvolvimento de novas práticas políticas e sociais. Desde a última década do século XX, a inserção do Brasil nas relações internacionais, tem sido em grande parte, a causa para a diminuição da autonomia das relações sociais mantidas entre o Estado e a sociedade. A prevalência pelo interesse econômico internacional tem feito com que sejam protelados interesses e cláusulas de natureza social ao acaso das forças imprevisíveis do mercado, em uma progressiva relativização dos interesses sociais ao poderio financeiro do Estado.

A partir desse cenário, se identifica o surgimento de uma compreensão crítica à concepção de democracia e cidadania representativas. Identifica-se a necessidade de uma atuação mais ampla e sólida, vinculada à ideia de democracia mediante efetiva participação em instâncias diversas de deliberação e decisão, sejam elas estatais ou da sociedade civil. Nesse sentido, incluem-se os movimentos sociais e a ampliação de espaços públicos como elementos fundamentais para a ocupação e convivência participativa da sociedade engajada com fins emancipatórios.

De outro lado, adota-se a interpretação de que os direitos humanos fundamentais passam por constante evolução, reações e movimentos dialéticos que os modificam e transformam em novas demandas da sociedade em desenvolvimento. Identifica-se a concepção de direitos humanos a partir de forças transformadoras, que tem nos movimentos sociais, importante oportunidade de práticas e articulações emancipatórias.

É nesse enfoque que se sinaliza o ativismo jurídico transnacional junto à Comissão e à Corte Interamericana de Direitos Humanos, como importante instrumento de luta, proteção e garantia de direitos fundamentais a partir da atuação participativa e ativa da sociedade civil junto a espaços além do Estado.

Casos envolvendo o Brasil junto a Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir da mobilização civil, reproduziram impactos jurídicos e legais internos muito significativos para a proteção e garantia de direitos humanos fundamentais. Por exemplo, o caso Ximenes Lopes, implicou a criação de regras voltadas à políticas públicas para proteção dos direitos das pessoas com transtornos mentais, com a promulgação da Lei nº 10.216/2001; o caso de Maria da Penha, impulsionou a criação e publicação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), com regras específicas para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher; o caso da Hidrelétrica de Belo Monte, implicou numa grande coalizão de instituições privadas, estatais e sociais em prol da proteção do meio ambiente e direitos humanos. Referidos casos servem de exemplo de como o indivíduo e/ou a sociedade civil, podem estar presentes na construção e na defesa do discurso dos interesses dos menos favorecidos, excluídos, desprotegidos, superando o formalismo ideológico e as limitações institucionais internas.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean; FARIÑA DULCE, Maria José. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Tradução de Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 456 p.

_____; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (orgs.). **Globalização e direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 2 v.

CATÃO, Yolanda. Direitos Humanos: Chegaremos à plenitude democrática dentro do processo de globalização com os direitos humanos realmente universalizados? Avanços ou simples retórica? In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). **Globalização e direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CADEMARTORI, D. M. L. de; CADEMARTORI, S. U. A Busca de uma cidadania sul-americana no contexto da Unasul. **Revista Eletrônica Direito & Política**. PPCJ da Univali, Itajaí, v. 9, n. 2, p. 1116-1140, 2014.

DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 117 p.

GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. O futuro da política radical. Tradução de A. Hattner. São Paulo: Unesp, 1996.

GOHN, Maria da Glória. Teorias dos movimentos sociais na contemporaneidade. In ____; BRINGEL, Breno M. (orgs.). **Movimentos sociais na era global**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997. 2v.

____. **A Inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Edições, Loyola, 2007.

____. **A Constelação Pós-Nacional**. Tradução de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia et al. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

____. Los Derechos en el Contexto de la Globalización; tres precisiones conceptuales. In: SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de (orgs.). **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. 578 p. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/direitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

MESQUITA, Rogério Garcia. Habermas e a Teoria Discursiva do Direito. **Revista Perspectiva**. Erechim. v.36, n.134, p.41-52, junho/2012. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-49792009000100009>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

OLIVEIRA, Luiz Ademir; FERNANDES, Adélia Barroso. Espaço público, política e ação comunicativa a partir da concepção habermasiana. **Revista Estudos Filosóficos**, DFIMI, UFSJ, São João del Rei, nº 6, p. 116-130, 2011. Disponível em: <http://www.ufsj.edu.br/revistaestudosfilosoficos/revista_no_6.php>. Acesso em: 23 nov. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. 693 p.

____. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**. Rede Universitária de Direitos Humanos, São Paulo, Número 1, Ano 1, 1º semestre, p. 21-47, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **A globalização e as ciências sociais**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011. 572 p.

SANTOS, Cecília MacDowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de direitos humanos. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**. Rede Universitária de Direitos Humanos, São Paulo, Número 7, Ano 4, p. 26-57, 2007.

TEIXEIRA, Anderson V. Compreendendo a Globalização em seus Diversos Contextos. In: ____ **Teoria Pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Globalização e Constituição Republicana. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 449-476

A REALIDADE DO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO E A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE REALITY OF THE SOCIO-EDUCATIONAL SYSTEM AND THE REDUCTION OF CRIMINAL MAJORITY UNDER THE VIEW OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Jonathan Cardoso Régis¹

Resumo: O presente trabalho visa traçar breve reflexão quanto a possibilidade (ou não) da redução da Maioridade Penal sob a ótica da realidade do sistema socioeducativo e, por consequência, quanto a perspectiva dos direitos fundamentais. Acredita-se na ideia da produção de norma legitimada pela sociedade contemporânea em estudar a impossibilidade da redução da Maioridade Penal no Estado brasileiro, iniciando pela contextualização acerca dos direitos fundamentais e da proteção a criança e ao adolescente. Em seguida, demonstrar sucintamente a realidade brasileira frente ao desenvolvimento socioeconômico e sua influência ao crescimento de ato infracional por adolescente em conflito com a lei. Na sequência, a realidade do sistema socioeducativo e a polêmica discussão quanto a redução da Maioridade Penal, bem como a reflexão do que realmente importa: a simples responsabilização do adolescente em conflito com a lei ou mecanismos de prevenção.

Palavras-chave: Adolescente. Direitos Fundamentais. Maioridade Penal.

Abstract: *The present work aims to give a brief reflection on the possibility (or not) of the reduction of the Penal Majority from the point of view of the reality of the socio-educational system and, consequently, the perspective of fundamental rights. It is believed in the idea of the production of a norm legitimated by contemporary society in studying the impossibility of reducing the Penal Majesty in the Brazilian State, starting with the contextualization about the fundamental rights and the protection of the child and the adolescent. Next, briefly demonstrate the Brazilian reality regarding socioeconomic development and its influence to the growth of an infraction by adolescents in conflict with the law. In the sequence, the reality of the socio-educational system and the controversial discussion about the reduction of the Criminal Majority, as well as the reflection of what really matters: the simple responsibility of the adolescent in conflict with the law or mechanisms of prevention.*

Key words: *Adolescent. Fundamental Rights. Age of Criminal Responsibility.*

1 INTRODUÇÃO

O objeto do presente artigo está em buscar uma breve reflexão acerca da possibilidade (ou não) da redução da Maioridade Penal e a realidade do sistema socioeducativo sob a perspectiva dos direitos fundamentais.

Sabe-se que desde 1993, através da PEC 171, tramita no Congresso Nacional uma discussão quanto a redução da maioridade penal, com vistas a alteração do texto constitucional, mais precisamente em seu art. 228, a fim de que o adolescente com idade entre dezesseis e dezoito anos, possa, da mesma forma que o maior de idade, ser penalmente responsabilizado quando do cometimento de infração penal, sob a égide do regramento estabelecido no Código Penal brasileiro e não sob o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA.

¹ Doutor em Ciência Jurídica - Univali. Doctor en Derecho - Univ. Alicante/Espanha. Mestre em Gestão de Políticas Públicas - Univali. Especialista em Administração de Segurança Pública - Unisul/PMSC. Bacharel em Direito - Univali. Prof^o no Curso de graduação de Direito - Univali. Membro do IASC. E-mail: joniregis@univali.br.

Ocorre que, a realidade do sistema socioeducativo brasileiro, não diverge muito do sistema prisional em nosso país, ferindo, em ambos, premissas voltadas a dignidade da pessoa humana e, ao final, via de regra, não proporcionando objetivamente o previsto pelo legislador ao adolescente em conflito com a lei na aplicação das medidas socioeducativas, o aspecto educativo, de conscientização e de retorno ao convívio social e familiar.

Isto posto, vale destacar que, muito embora exista um crescimento de menores de idade em práticas delitivas, acredita-se que a redução da imputabilidade penal na legislação brasileira não seria a melhor solução, mas sim uma aplicação e cumprimento efetivo das Medidas Socioeducativas, reestruturando a legislação vigente, alcançaria o resultado pretendido, a exemplo de países da América do Sul e Europeus, existindo uma responsabilização penal juvenil, diante do processo de formação/desenvolvimento dos jovens.

O crescimento da participação do menor infrator em infrações penais resulta de um fenômeno social, não apenas psicológico e desvio de conduta, o qual decorre da desigualdade socioeconômica e da ausência de oportunidades, competindo ao Estado, a família e a sociedade participação efetiva em busca de soluções não apenas ao longo do processo de ressocialização, mas, especialmente preventivo através da proposição da adoção de um novo modelo de alteração do texto legal e não simplesmente reduzir a imputabilidade penal.

2 DIREITOS HUMANOS E DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A fim de melhor compreensão acerca do que se busca na presente reflexão, essencial destacar que se tem os Direitos e Garantias Fundamentais como sendo um conjunto de direitos e garantias do ser institucionalizado, realçado pelo respeito a dignidade humana e a proteção estatal, bem como em proporcionar condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, com vistas na garantia em respeitar o direito a vida, a liberdade, a igualdade, a dignidade, dentre outros direitos inerentes a Pessoa Humana.

Sabe-se ainda que os Direitos Humanos fundamentais advêm da fusão de diversas fontes, tendo-se como ponto principal ou inicial, a imprescindibilidade em limitar e controlar os excessos abusivos por parte do Estado e seus agentes, consagrando-se os princípios básicos da igualdade, liberdade, legalidade e Dignidade da Pessoa Humana, inerentes ao Estado moderno e contemporâneo, visando assim, o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

[...] a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes jurídicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (CANOTILHO, 1995, p. 517).

Importa observar que desde o nascimento da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, o conceito de Direitos Humanos se tem universalizado, alcançando uma grande importância na cultura jurídica internacional, em especial, o período pós 2ª Guerra Mundial, com a assinatura da Carta das Nações Unidas, também conhecida por Carta de São Francisco, de 26 de junho de 1945 e com entrada em vigor internacionalmente no mês de outubro do mesmo ano.

A mencionada Carta de São Francisco, composta por cento e onze artigos, evidenciada pela preservação e proteção as gerações futuras “do flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço de uma vida humana, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade”, sustentando a crença nos Direitos Fundamentais, na dignidade e no valor da Pessoa humana, na igualdade de direitos, indistintamente, somada ao estabe-

lecimento de condições necessárias para a manutenção da justiça, assim como também do respeito das obrigações resultantes de tratados e de outras fontes do direito internacional e na promoção ao progresso social e melhores condições de vida.

Em 10 de dezembro de 1948, temos a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual fora adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, como resposta aos horrores da II Guerra Mundial, tendo por finalidade sentar as bases da nova ordem internacional que surgia atrás do armistício.

[...] a Declaração se impõe como um código de atuação e de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional. Seu principal significado é consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados, consolidando um parâmetro internacional para a proteção desses direitos. A Declaração exerce um impacto nas ordens jurídicas nacionais, na medida em que os direitos nela previstos tem sido incorporados por Constituições nacionais e, por vezes, servem como fonte para decisões judiciais nacionais. (PIOVESAN, 2015, p. 226).

Sabe-se que a garantia dos Direitos Fundamentais dos homens surgiu com a evolução e o desenvolvimento social, buscando minimizar os excessos perpetrados pelo Estado e, nesse sentido, é sobretudo importante assinalar o disposto no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, quanto a preocupação do legislador no que diz respeito ao gozo de Direitos Fundamentais e a Proteção Integral, assegurando a Pessoas em desenvolvimento, através da legislação ou por outros meios, “todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

Os Direitos Humanos são, em verdade, valores éticos, morais e políticos considerados por um determinado grupo social em determinada época assegurados, de forma a permitir uma mínima existência da dignidade, liberdade e igualdade para qualquer Pessoa em qualquer lugar no mundo baseado na própria existência e viabilidade do ser humano. Em outras palavras, trata-se de uma realidade social (PECES-BARBA, 1995, p. 109-112), sendo influenciados, a todo o momento, pelos aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais.

[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional. (LUÑO, 1990, p. 48).

Somado a isso, de acordo com Piovesan (2015, p. 79) os Direitos Humanos são concebidos como sendo “uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam”.

Tem-se Direitos Fundamentais como sendo um subsistema dentro do sistema jurídico (PECES-BARBA, 1995, p. 109-112)², ou seja, no sentido em que a pretensão moral justificada possa ser incorporada a uma norma, a fim de obrigar seus destinatários e poder ser, efetivamente, exercida e garantida.

Parte-se da premissa que os Direitos Humanos estão fundados em quatro pilares ou teses, as quais, de acordo com o ensinamento de Ferrajoli (2011), são “essenciais a uma teoria da democracia constitucional”.

Assim, a primeira tese encontra-se relacionada a distinção estrutural entre Direitos Fundamentais e os direitos patrimoniais, iniciando com aquela que está vinculada a classe de sujeitos, e o segundo, a qualquer de seus titulares, excluindo-se todos os outros. Já a segunda tese está no sentido de que os Direitos Fundamentais correspondem “a interesses e expectativas de todos”, formando o sustentáculo, assim como o parâmetro da igualdade jurídica e da democracia; a terceira tese relaciona-se com a

² Un subsistema dentro del sistema jurídico, el Derecho de los derechos fundamentales, lo que supone que la pretensión moral justificada se a técnicamente incorporable a una norma, que pueda obligar a unos destinatários correlativos de las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo.

“natureza supranacional de grande parte dos Direitos Fundamentais” e, por fim, a quarta tese, referindo-se a relação existente entre os direitos e as garantias, assim como também pelo fato de que “os Direitos Fundamentais consistem em expectativas negativas ou positivas, às quais correspondem deveres (de prestações) ou proibições (de lesões)”, conforme assevera Ferrajoli (2011, p. 15-16).

Para compor o conceito de Direitos Fundamentais de forma mais completa, Peces-Barba (1995, p. 109) enfatiza a existência de três aspectos principais. Inicialmente, o autor destaca que os Direitos Fundamentais são uma pretensão moral justificada deve estar embasada na Dignidade da Pessoa Humana, seu alicerce, bem como calcada em valores básicos nas ideias de liberdade, solidariedade humana e de igualdade que, com o passar dos tempos, foi sendo somada a ideia de segurança jurídica e influência da filosofia, política liberal, democrática e socialista. Como pretensão moral justificada deve corresponder a direitos cujo conteúdo pode ser generalizado, aplicado a todos de forma igualitária.

Direitos Fundamentais pode ser definido como sendo,

[...] todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por *status* a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício. (FERRAJOLI, 2011, p. 9).

Ressalta-se que esses instrumentos de garantia de Direitos Humanos dispõem de maximização de força jurídica, a partir do instante em que são ratificados no âmbito interno de cada país, incorporando assim, o regramento estabelecido internacionalmente, ao contexto e ordenamento jurídico, no comprometimento, compromisso, responsabilidade, promoção, respeito e proteção da cidadania e dos Direitos Humanos.

Sendo assim, os Direitos Fundamentais devem ser incorporados a uma norma com poder de obrigar os destinatários e possibilidade de ser garantida. Por último, os Direitos Fundamentais são uma realidade social, sendo influenciados pelas condições sociais, econômicas, políticas, econômicas e culturais.

2 REALIDADE BRASILEIRA E A CRIANÇA E ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI: BREVES CONSIDERAÇÕES

A fim de se pensar e refletir quanto a possibilidade (ou não) da redução da Maioridade Penal no Estado brasileiro, passa-se a traçar, de forma breve, a realidade social e se esta pode influenciar na formação ou não do surgimento do menor em conflito com a lei.

Quando se fala em realidade social, deve-se reportar, num primeiro momento no que dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/1988, em especial, em seus art. 1º, 3º, 5º e 6º, sendo que este último preza pelos direitos sociais no Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a CRFB/1988 estabelece que dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, a Dignidade da Pessoa Humana, somada a seus objetivos fundamentais, dentre estes a garantia do desenvolvimento nacional, bem como a erradicação da pobreza, da marginalização e minimizando as desigualdades sociais e regionais.

Somado a isso, o art. 6º do texto constitucional, obteve nova redação decorrente da Emenda Constitucional nº 90 de 15 de setembro de 2015, a qual estabelece que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados [...]”, nos termos dispostos na CRFB/1988.

Dessa forma, os direitos sociais têm por finalidade, em especial, proporcionar que o indivíduo detenha condições indispensáveis a garantia e gozo dos direitos constitucionalmente previstos, competindo ao poder público assegurar melhores condições de vida.

Cesarino Júnior (2007, p. 132) estabelece que os direitos sociais são um complexo de normas e princípios imperativos, tendo por finalidade a adaptação da concepção jurídica à realidade social, mediante o entendimento de que o homem, na sua individualidade socializada e concretizada, está calcado na “proteção dos direitos individuais dependentes do produto de seu trabalho para a subsistência sua e de suas famílias”.

Muito embora fundamental e indispensável para o crescimento da sociedade humana, o desenvolvimento econômico também tem proporcionado ou vem sendo um dos grandes causadores do descontrole, ou melhor, desequilíbrio social.

O crescimento, muitas vezes desordenado, da indústria, da agricultura, da tecnologia, dos espaços urbanos, a má distribuição de renda, acabam por gerar um descontrole no processo de desenvolvimento social (se não houver um acompanhamento e observância dos preceitos constitucionais nesse processo), acabando por proporcionar as desigualdades tão em voga ao nosso redor e, conseqüentemente, fomentar a criminalidade, a violência e a pobreza.

A implementação de Políticas Públicas eficazes evidenciada em reduzir sensivelmente esse quadro de desigualdade social, assim como também dos índices de criminalidade, objetivando o efetivo exercício do Estado Democrático de Direito.

A previsão constitucional no que se refere ao processo de desenvolvimento social na atual realidade brasileira, não vem sendo observada quanto ao mínimo necessário a esse processo que possa contribuir e evitar a exclusão social³.

No que diz respeito ao bem-estar, de acordo com estudo realizado pelo Sesi (2012), o mesmo decorre não apenas de recursos econômicos, mas também de aspectos que fogem de características não econômicas da vida das pessoas (o que fazem/ podem fazer, a apreciação da própria vida, seu meio ambiente natural).

Assim, a qualidade de vida deve ser mensurada e sustentada sob diversos critérios, em especial, aqueles relacionados aos direitos sociais previstos da CRFB/1988, como saúde, educação, condições de trabalho, vida (lazer, moradia, por exemplo), condições ambientais, insegurança pessoal, relacionada à criminalidade, desastres naturais e também insegurança econômica (nível de desemprego e aposentadoria).

Quando se fala em realidade social brasileira, deve-se ter em mente de que forma mensura-se ou se busca tais resultados, competindo ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE o estabelecimento dos indicadores de desenvolvimento, a fim de poder visualizar quanto esse aspecto e, dessa forma, ter uma visão do desenvolvimento social e se esta proporciona (ou não), o mínimo desejável ou esperado no processo de construção e formação do desenvolvimento de Crianças e Adolescentes e a inserção destas na prática de infrações penais.

Anualmente o IBGE vem apresentando uma real análise das condições de vida da população brasileira, através de publicações que demonstram aspectos relacionados ao desenvolvimento social (através de indicadores) dentro das distintas realidades populacionais e geográficas existentes no território brasileiro.

Cumprido ressaltar que tais indicadores levam em conta, principalmente, o quadro de exclusão e desigualdade social, assim como também as condições de vida, como aspectos demográficos, ambiente familiar e domiciliar, somado aos demais direitos sociais previstos constitucionalmente.

3 A exclusão social encontra-se relacionada a quadro de vulnerabilidade, desigualdade, isolamento e/ou discriminação social que determinas pessoas ou grupos sociais fazem parte. A pobreza, encontra-se relacionada não apenas a ausência de renda, mas, principalmente, a carência de acesso aos serviços públicos, de não representação. Dicionário de políticas públicas. Org.: Carmen Lúcia Freitas de Castro, Cynthia Rúbia Braga Gontijo, Antônio Eduardo de Noronha Amabile. Barbacena: EdUEMG, 2012, p. 197-198.

Apresentou-se uma síntese de indicadores sociais e a análise acerca das condições de vida da população em nosso país, sistematizando uma série de subsídios relacionadas a realidade brasileira, observado ainda as “distintas dimensões que envolvem a elaboração de um sistema de indicadores sociais” (IBGE, 2015, p. 7).

Para tanto, fez-se uso da análise de diversas temáticas, dentre estas, relacionadas aos Aspectos demográficos; os Grupos sociodemográficos, composto por Crianças e Adolescentes, idosos e famílias, bem como os direitos sociais propriamente ditos (domicílio, trabalho, educação e distribuição de renda), com vistas a identificar, através da comparação temporal, alguns indicadores e assim, identificar importantes aspectos e seu processo evolutivo.

Destaca-se que foi empregado como fonte de tais informações a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD 2014, somada a outras fontes de dados existentes, como o Censo Demográfico 2010, a Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar - PeNSE, Pesquisa Nacional de Saúde - PNS e bases de dados do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP, do Ministério da Educação.

Fundada em tal estudo, a análise dos indicadores tem como ponto de partida as desigualdades sociais e buscando novas perspectivas na mensuração do bem-estar social que não gira em torno, tão somente, aos indicadores de produção, mas em especial, a apropriação da riqueza produzida pelos países.

A pesquisa realizada pelo IBGE e ora referenciada ressalta a diversidade característica da população brasileira, somada a submissão, nas últimas décadas, de mudanças econômicas, sociais e demográficas, passando então a proceder uma análise comportamental e de maneira mais específica sobre determinados grupos, dentre estes, Crianças e Adolescentes, os quais detêm legislação específica que os ampara, nesse caso, o ECA, somada a tutela constitucional, prevendo a prioridade na efetivação e gozo dos Direitos Fundamentais e sociais inerentes a Pessoa Humana e, em especial, a essas Pessoas em desenvolvimento.

Sabe-se que esse processo de desenvolvimento da Criança e do Adolescente, evidenciando pelo bem-estar das mesmas, encontra-se vinculado, segundo a Síntese de indicadores sociais do IBGE (2015, p. 25), da melhoria, de maneira macro, das condições de vida em sociedade.

A realidade injusta na distribuição de renda é que impede ou impossibilita, por assim dizer, o “bem-estar atual e o desenvolvimento futuro de suas sociedades e economias”, somada a taxa de crescimento anual do PIB, no âmbito da América Latina, o Brasil manteve-se dentro da média em comparação a outros países, sendo que o crescimento econômico na última década e a redução significativa das desigualdades de renda, proporcionaram melhoria nas condições de vida do brasileiro, girando em uma média de 3% (três por cento) de crescimento, conforme exposto pela pesquisa do IBGE (2015, p. 79).

Importa observar que pobreza, exclusão social e desigualdade encontram-se interligados, assumindo no território brasileiro uma “dimensão abrangente”.

Essa é a lição de Silva (2010, p. 156), a qual afirma que a pobreza no Brasil evidencia,

[...] um quadro amplo para intervenção de políticas públicas de corte social, entendendo que as políticas sociais, para serem mais eficazes, devem estar articuladas a políticas macroeconômicas que garantam um crescimento econômico sustentado; a geração de emprego; a elevação da renda proveniente do trabalho e, sobretudo, a redistribuição de renda ainda altamente concentrada no Brasil.

Silva (2010, p. 157) ainda destaca que a exclusão social não está vinculada única e exclusivamente sob o aspecto econômico em estabelecer a vulnerabilidade, mas deve “ser considerada em articulação com a proteção social”.

Ademais, tendo-se uma sociedade marginalizada, sob a ótica econômica e socialmente falando, “tem constituído massas de trabalhadores autônomos ou assalariados com rendimentos ínfimos que os levam a uma vida precária e sem proteção social, considerados potencialmente perigosos”, sendo que

na realidade brasileira, a pobreza foi arraigada como resultado de um processo de desenvolvimento concentrado na “riqueza socialmente produzida e dos espaços territoriais, representados pelos grandes latifúndios no meio rural, e pela especulação imobiliária no meio urbano”, somada a escassez de meios de subsistência (SILVA, 2010, p. 157).

Com isso, ante a impossibilidade efetiva do gozo e exercício dos Direitos Fundamentais inerentes a Pessoa Humana, acaba proporcionando com que permaneçam excluídos e marginalizados, em especial, Crianças e Adolescentes.

Esse quadro de exclusão e desigualdade social resulta, na realidade brasileira, em violência, reflexo da insuficiência do Estado em fomentar Políticas Públicas eficazes, a fim de minimizar ou regular a situação.

[...] A violência que entrecorta o Brasil é a mesma que afasta investidores, leva à morte milhares de vítimas, provoca o encarecimento de produtos e serviços segurados, fomenta injustiças sociais, determina políticas de segurança truculentas, constrói o medo social, legitima frentes de ação popular conservadoras, degenerando os laços da vida social (BITTAR, 2008, p. 115)⁴.

A deficiência, relacionada a igualdade e cidadania, deve ser compreendida como imprescindível ao gozo dos Direitos Fundamentais, vinculadas a “questões de políticas de segurança pública”, acaba por caracterizar a violência como uma ciranda que é produzida e reproduzida, perpetuando-se “na dinâmica de organização da vida social” vista como “um alarmante estado de instabilidade e descontentamento geral da sociedade”, bem como não deve ser analisada como um problema isolado dentro de Estado ou de um país, conforme assevera Bittar (2008, p. 215).

Cumprido ressaltar que, de acordo com a lição de Campos (2003, p. 51), o crescimento da violência, muito embora não seja o fato gerador da exclusão social, decorre como sendo o reflexo da realidade existente pela exasperação de competição social, “das alterações dos valores morais e da nova lógica da sociabilidade que conforma uma sociedade de consumo, e também, em grande medida, pela incapacidade de o poder público reverter significativamente os indicadores da velha exclusão”, demonstrando assim a correlação entre a violência urbana, desigualdade social e a inserção do menor em conflito com a lei na prática de delitos, vem crescendo diariamente e sem uma perspectiva imediata em minimizar essa realidade.

Insta salientar que outros aspectos conceituais, em especial envolvendo aqueles integrantes da parcela mais pobre e marginalizada da população, demonstram que não apenas o desenvolvimento descontrolado, mas, principalmente, como já asseverado, a má distribuição de renda, o descaso do poder público constituído que não busca minimizar tais desigualdades ou disparidades, acaba por gerar o crescimento de ações criminosas e, conseqüentemente, proporcionando um desequilíbrio social.

3 A REALIDADE DO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO E A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

É sabido que os conflitos fazem parte da vida em sociedade, sendo que para regular as relações de conflito, compete ao Estado através das normas do direito penal, impor restrições e proibições para coibir determinadas condutas que extrapolam o limite socialmente aceitável.

O Direito Penal, segundo Gonsalves (2010, p. 3), é o ramo do direito público que define as infrações penais, estabelecendo as penas e as medidas de segurança aplicáveis aos infratores. Distingue-se o direito penal objetivo, que é o conjunto de normas penais em vigor, do direito penal subjetivo, que é o direito de punir que surge para o Estado com a prática de uma infração penal.

⁴ O crescimento dos crimes e da violência no Brasil é, em grande medida, consequência da emergência e disseminação do crime organizado no Brasil, em especial em torno do tráfico de drogas, fenômeno intensificado a partir da década de 80 do século passado. (ADORNO, Sérgio. Crime, punição e prisões no Brasil: um retrato sem retoques, p. 08. In: Foro Iberoamericano Sobre Seguridad Ciudadana, Violência Social Y Políticas Publicas, Madrid, Espanha. Anais..., jun. 2006, p.19-21. No prelo).

Ao tutelar o bem jurídico, o direito penal prevê que para cada infração cometida, uma retribuição na modalidade de pena, que será aplicada pelo Estado juiz.

A coerção penal (basicamente, a pena) deve procurar materializar uma aspiração ética que será a razão de atuação do próprio Direito Penal [...] a fim de buscar a prevenção de futuras afetações de bens jurídicos [...] a sanção penal só seria legítima quando se prestasse para restabelecer a ordem jurídica afetada pela conduta humana, violadora de interesses do corpo social [...] (CHAVES JÚNIOR; OLDONI, 2014, p. 21).

Além de normas reguladoras das relações sociais, o Direito Penal busca tutelar bens jurídicos, de interesse individual e coletivo, como a vida, a liberdade e o patrimônio, devendo fazer através do devido processo legal.

Ademais, o sistema penal deve cumprir com sua função, atendendo os princípios do direito penal, em especial o princípio da legalidade e da Dignidade da Pessoa Humana, dando uma resposta satisfatória tanto na punição do agente, quanto na sua reintegração social, conforme exposto por Régis e Paulo (2016), o que pode ser constatado, em verdade, que não vem atendendo e alcançando a previsão legal e as expectativas da sociedade.

ACRFB/1988, enfatiza que é dever do Estado promover a segurança, e exercer o direito de punir quem infringir as normas, aplicando a punição através do devido processo legal que é garantido constitucionalmente, contudo, inexistem mecanismos eficazes que permita ao Estado cumprir com tal preceito constitucional.

Vigora no direito penal o princípio da intervenção mínima, o que orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para proteção de determinado bem jurídico (CUNHA, 2015, p. 32).

Assim, o Direito penal foi instituído para solucionar possíveis conflitos que ameaçam ou provocam lesão aos bens jurídicos tutelados, atuando de forma residual, respeitando o princípio da intervenção mínima, ou seja, reservado aos casos que os outros ramos do direito não trazem a solução, baseado na Dignidade da Pessoa Humana e na ampla defesa.

Nesse sentido, o sistema prisional e, da mesma forma, o sistema socioeducativo, têm a função tão somente enclausuradora, com superlotação, de inadequadas condições estruturais e humanas inadequadas e despreparadas que não visam a reeducação e/ou ressocialização do infrator ou do adolescente em conflito com a lei, havendo, por força disso (e não há caminho diverso), para a intensa crítica voltada ao sistema penal. e, conseqüentemente, ao sistema socioeducativo.

Que prisões onde estão enclausuradas milhares de pessoas, desprovidas de assistência, sem nenhuma separação, em absurda ociosidade. [...] Prisões onde muitos aguardam julgamento durante anos, enquanto outros são mantidos por tempo superior ao da sentença: Prisões onde, por alegada inexistência por local próprio para triagem, os recém-ingressos que deveriam submeter-se a uma observação científica, são trancafiados em celas de castigo, ao lado de presos extremamente perigosos (LEAL, 2001, p. 58).

Em outras palavras, de acordo com Chaves Júnior e Oldoni (2014, p. 201), a prisão é tida como sendo o “único meio para o controle das relações sociais e eliminação da criminalidade”, constatando-se o crescimento significativo da violência e a ilusão de que a clausura no cumprimento da pena irá minimizar as mazelas e os problemas sociais decorrentes do aprisionamento.

Não será exposto aqui quanto a responsabilidade estatal e dos administradores do sistema prisional quanto a omissão na observância de condições mínimas de dignidade ao condenado, contudo, importante destacar que,

[...] una lluvia de demandas judiciales fueron interpuestas contra los administradores de las prisiones por abusos, malos tratos, arbitrariedad injustificada, revocación injustificada de la libertad condicional, inhumanas condiciones de encarcelamiento, y un largo etcétera de causas que, tras algunos intentos fallidos, lograron que los tribunales federales rompieran con su tradicional política de *hands off* y entraran a revisar los procesos de concesión de los beneficios penitenciarios y las condiciones de cumplimiento de las penas de privación de libertad. Concretamente, en cuanto a las condiciones de encarcelamiento, los tribunales federales comenzaron a llevar a cabo una aplicación mucho más rigurosa de la legislación sobre derechos civiles y de la Octava Enmienda de la Constitución de los EE.UU., que prohíbe expresamente la imposición de penas crueles y extraordinarias. Con una situación penitenciaria en la que una buena parte de los establecimientos se encontraban en condiciones deplorables, por la inhumanidad del trato ofrecido a los reclusos, la falta de garantías para la integridad física de los internos, la falta de mínimas condiciones de higiene, salubridad y habitabilidad, los jueces federales comenzaron a remitir a los responsables directos e indirectos de los establecimientos penitenciarios las oportunas órdenes para que los adecentaran y humanizaran, para que los dotaran con los adecuados medios y personal sanitarios y para que se pusiera fin al ejercicio de prácticas contrarias a los derechos civiles. En caso contrario, se encontrarían expuestos a responsabilidades criminales y a tener que hacer frente a fuertes multas⁵. (DEL ROSAL, 1998, p. 125).

Diante da falência do sistema prisional brasileiro, na lição de Falconi (1998, p. 103), o qual é público e notório, aliado ao reduzido espaço físico existente e ofertado para o cumprimento da pena, as superlotações, inexistente o espírito humanitário, de conduta recíproca entre os envolvidos (infratores da lei e Estado), impossibilitando a observância de tais regramentos, uma vez que, em não havendo “qualquer bem ou benefício recebido, então haverá de prevalecer a rebeldia, a indiferença, a apatia, a dissimulação, a falsidade e a deslealdade”, comportamentos e condutas estas que são comuns dentro do sistema prisional, justamente por não existir o fiel cumprimento dos preceitos estabelecidos pela legislação infraconstitucional.

Agora, a pergunta que se faz é: se há falência no sistema prisional brasileiro, é possível que o sistema socioeducativo seja diverso dessa realidade?

Certo que não. Sendo assim, se o legislador, a nosso ver, por intervenção e/ou influência social e midiática, busca dar resposta ante o crescente envolvimento de adolescente em conflito com a lei na prática delitiva, colocando em discussão a redução da Maioridade Penal no país como resolução dos problemas, que mecanismos, em especial, preventivos, poderão ser empregados?

O próprio ECA, em conjunto com a normativa internacional que tutela a criança e Adolescente, nos traz a resposta, como o gozo de todos os Direitos Fundamentais, a Proteção Integral, os meios necessários para garantir e permitir o desenvolvimento mental, moral, físico e social, a disponibilização de recursos voltados a proteção da infância e juventude, a inclusão e convivência familiar, direitos sociais (educação, moradia, lazer, esporte, alimentação, saúde, profissionalização) ou seja, com a finalidade de promover o bem-estar da criança e do Adolescente, tratando-os de maneira efetiva e humana quando em conflito com a lei.

5 [...] una enjurrada de procesos foram abertos contra os diretores de abusos prisão, maus tratos, arbitrárias injustificada, revogação injustificada da liberdade condicional, condições de detenção desumanas, e uma longa lista de causas que, depois de várias tentativas frustradas, conseguiu o tribunais federais romper com sua tradicional política de mãos fora e entrar para rever os processos de concessão de benefícios e condições de execução das penas de prisão de prisão. Especificamente, sobre as condições das prisões, tribunais federais começaram a realizar uma aplicação muito mais rigorosa da legislação dos direitos civis e a Oitava Emenda da Constituição dos EUA, que proíbe expressamente a imposição de penas cruéis e extraordinárias. Uma situação prisional em que grande parte dos estabelecimentos estavam em condições deploráveis, a desumanidade do tratamento oferecido aos presos, a falta de garantias para a integridade física dos presos, a falta de condições mínimas de higiene, saúde e habitabilidade, os juízes federais começaram a se referir à responsabilidade direta e indireta para prisões ordens apropriadas para o adecentaran e humanizar, por isso eficientemente com meios adequados e pessoal sanitário e para seja posto termo ao exercício de práticas contrário aos direitos civis. Caso contrário, eles seriam expostos a responsabilidade criminal e ter de enfrentar pesadas multas. (DEL ROSAL, Bernardo Blasco. La "privatización" de las prisiones: una huida hacia la pena de privación de libertad. Número Extraordinario 12. San Sebastián: Eguzkilore, 1998, p. 125. Disponível em: <<http://www.ehu.eus/documents/1736829/2174308/11+Rosal.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2016, tradução livre).

Importa observar que, muito embora as Regras de Mandela desenhem um modelo de sistema prisional, de bons princípios e práticas no tratamento de presos, essas não regulam a “gestão de instituições reservadas para jovens em conflito com a lei [...]” mas, “de um modo geral, podem ser igualmente aplicadas a tais estabelecimentos” (BRASIL, REGRAS DE MANDELA, 2016, p. 18).

Cabe ressaltar que aliado ao regramento nacional quanto ao cumprimento das Medidas Socioeducativas dispostas no ECA, aliado ao processo de desenvolvimento e ressocialização do adolescente em conflito com a lei, como mencionado em capítulos anteriores, há normativas internacionais que reforçam o tratamento a ser dispensado a este, podendo destacar: as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil - Regras de Beijing, Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade e Princípios das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - Princípios Orientadores de Riad, as quais, em essência, buscam pelo bem estar da criança e do Adolescente.

Esse tratamento dispensado ao jovem em conflito com a lei, em regra geral, diz respeito ao cumprimento em entidade exclusivamente voltada para Adolescentes e distinto daquele destinado ao abrigo ou do sistema prisional (adulto), observados ainda a separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração, bem como com imparcialidade e sem distinção de qualquer natureza, aliada a adoção de medidas voltadas a prevenção da delinquência, as quais devem ser concretizadas na legislação, assim como também pelas instituições e “numa rede de serviços destinada a reduzir a motivação, a necessidade e as oportunidades da prática de infrações e a eliminar as condições que dão lugar a tal comportamento” (PRINCÍPIOS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A PREVENÇÃO DA DELINQUÊNCIA JUVENIL).

Respondendo, de forma breve, o questionamento realizado anteriormente no que se refere a possibilidade do sistema socioeducativo brasileiro deter uma realidade diversa do sistema prisional brasileiro, constata-se que negativamente.

Principia-se que no ano de 2012, foi instituída a Lei no 12.594, de 18 de janeiro, tendo por finalidade estabelecer o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Sinase⁶, bem como passou a regulamentar a execução das Medidas Socioeducativas destinadas aos Adolescentes quando da prática de Ato Infracional, visando obter respostas “de como devem ser enfrentadas as situações de violência que envolvem adolescentes autores de atos infracionais ou vítimas de violação de direitos, no cumprimento de medidas socioeducativas” (MONTE, 2011, p. 128).

A proposta disposta na referida lei está na integração entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios na implementação de programas de atendimento a Adolescente em conflito com a lei quando da aplicação de medida socioeducativa, dando liberdade funcional e organizacional, desde que respeitados os termos estabelecidos na legislação.

O Sinase é tido, conforme dispõe o art. 1º, §1º da Lei nº 12.594/2012, como sendo, um “conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas”, os quais, os sistemas estaduais e municipais poderão aderir, assim como também a “todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei.”

Quando do cumprimento das Medidas Socioeducativas, sobressai, além de despertar o senso de responsabilização pela transgressão praticada, a integração social, a garantia dos direitos individuais e sociais, através do cumprimento de seu plano individual de atendimento (art. 1º, §2º).

A referida Lei ainda traz aspectos relacionados aos programas de atendimento a organização e o funcionamento, por unidade, demonstrando deter condições necessárias para o cumprimento das Medidas Socioeducativas, composta por equipe multidisciplinar (profissionais da saúde, assistência

⁶ A referida Lei, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente, tem por finalidade, além de dispor acerca da proteção integral dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, traça diretrizes quanto o atendimento do adolescente infrator em cumprimento de medidas socioeducativas, em especial, em instituições de ressocialização, fundamentais a seu desenvolvimento.

social, educação), somado ao fato que para exercer a responsabilidade de dirigente de programa de atendimento, nos regimes de semiliberdade e internação, é necessária formação de nível superior e comprovação de experiência, de no mínimo, dois anos no trabalho com Adolescentes.

O art. 52, estabelece ainda que para o cumprimento das Medidas Socioeducativas, em regime de prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade ou internação, são dependentes de Plano Individual de Atendimento – PIA, “instrumento de previsão, registro e gestão das atividades a serem desenvolvidas com o adolescente”, tendo a participação efetiva do Adolescente em conflito com a lei e dos responsáveis ou pais, sendo que esses “têm o dever de contribuir com o processo ressocializador do adolescente”.

Ademais, semelhante ao que dispõe a LEP, a Lei nº 12.594/2012, instituidora do Sinase, em seu art. 71, prevê que as entidades de atendimento socioeducativo estabeleçam um regime disciplinar, tipificando explicitamente as infrações (leve, média e grave), bem como especificando as sanções correspondentes, assim como a instauração de procedimento específico para apurar a transgressão, proporcionando os direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, dentre outros regramentos.

Cabe ressaltar ainda que o Sinase busca afastar a imagem de que as entidades de atendimento socioeducativo e os locais de cumprimento das Medidas Socioeducativas se aproximem da existente no sistema prisional, caracterizadas pelo “tratamento despersonalizado, padronizado e pela falta de mobilidade” (MONTE, 2011, p. 128).

[...] La cárcel produce hoy, reclutándolo sobre todo en las zonas más desfavorecidas de la sociedad, un sector de marginación social particularmente cualificado por la intervención estigmatizante del sistema punitivo del Estado, y por la realización de aquellos procesos que, en el nivel de la interacción social y de la opinión pública, son activados por la pena y concurren a realizar su efecto marginador y atomizador⁷. (BARATTA, 2004, p. 174).

Apesar da previsão legal, pode ser observado que o sistema socioeducativo é, infelizmente, reflexo do sistema carcerário brasileiro, por diversas razões, tais como: sistema repressivo com atos de violência, fugas, rebeliões, crescimento da população de Adolescentes em conflito com a lei, superlotações, estruturas físicas impróprias, insalubridade, índices de reincidência, ineficiência no papel educativo, profissionais sem capacitação adequada e em número insuficiente para atender a demanda, os quais, em regra, adoram comportamento corretivo e coercitivo, de manutenção da ordem e de vigilância dos Adolescentes em conflito com as leis e não de assistência, de promoção de direitos, senso de responsabilidade e de ressocialização.

Tal afirmação pode ser demonstrada não apenas em matérias jornalísticas, mas especialmente pelo Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, o qual expõe as superlotações nas unidades de internação de Adolescentes em conflito com a lei (a qual compromete a qualidade do sistema socioeducativo), evasões (fugas) e dos 27 (vinte e sete) Estados da Federação, 19 (dezenove) têm de 50% a 100% das entidades em condições insalubres (JORNAL DO BRASIL, 2015).

O relatório intitulado “Um Olhar Mais Atento às Unidades de Internação e de Semiliberdade para Adolescentes⁸”, promovido pela Comissão de Infância e Juventude do Conselho Nacional do Ministério Público – CIJ/CNMP, mostra o asseverado acima.

7 [...] A prisão produz hoje, reclutándolo especialmente nas zonas mais desfavorecidas da sociedade, um setor de marginalização social, particularmente qualificado, estigmatizando intervenção estatal sistema punitivo, e um reservado esses processos ao nível da interação social e pública são ativados por ele e assistir a seu efeito marginalização e fazer atomizador. (tradução livre).

8 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Relatório da Infância e Juventude – Resolução no 67/2011: um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2015. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Um_Olhar_mais_Atento_02.07_WEB-completo-ok-1_1.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2016.

A Resolução nº 46, de 29 de outubro de 1996 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda, estabelece que as unidades de internação deverão atender um número não superior a 40 (quarenta) Adolescentes, realidade esta inexistente no sistema socioeducativo brasileiro.

A determinação de limitar o atendimento em cada unidade a 40 adolescentes visava reestruturar o sistema de internação, então vigente, de grandes complexos e centros, para locais adequados a um número reduzido de adolescentes onde pudessem receber assistência individualizada (RELATÓRIO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE – RESOLUÇÃO nº 67, 2011, p. 28).

Previsão essa tanto quanto utópica, sendo que o Estado de Santa Catarina tem todas as unidades de internação dentro dos limites estabelecidos pelo Conanda e Sinase, contudo, há imperceptível melhoria em suas estruturas, a exemplo de outras unidades da Federação, assim como também não ficou claramente demonstrado se a unidade de cumprimento da medida socioeducativa é próxima a residência e dos familiares do Adolescente em conflito com a lei, mas apenas exposto que seria a mais próxima disponível, conforme abordado no Relatório da Infância e Juventude – Resolução nº 67 (2011, p. 30-31; 41).

Outro fator que se assemelha a realidade do sistema prisional é a insalubridade, ou seja, comprometidas e desprovidas de ventilação, conservação, higiene e iluminação adequadas nas unidades, assim como a disponibilização de salas de aula inadequadas, uma vez que a “se pressupõe na educação a base fundamental para o sucesso do atendimento socioeducativo”, de espaços para a profissionalização, prática de esportes, cultura e lazer (RELATÓRIO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE – RESOLUÇÃO nº 67, 2011, p. 43-47).

O disposto no art. 123 do ECA determina a separação rigorosa dos Adolescentes em conflito com a lei “por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração” e entre adolescentes em internação provisória e definitiva, sendo que tais critérios têm a finalidade principal de “prevenir atos de violência dos adolescentes uns contra os outros”, critério este que também deixa a desejar e não é observado (RELATÓRIO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE – RESOLUÇÃO nº 67, 2011, p. 48-50).

Sendo assim,

O que se verifica, pelos dados colhidos, no que se refere aos adolescentes em conflito com a lei, é uma grande indiferença à doutrina da proteção integral trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente [...] Ademais, é preciso incentivar o protagonismo, a participação e a autonomia dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas [...] Os programas de execução de medidas socioeducativas devem permitir que os adolescentes se preparem para a cidadania e que aprendam a criar perspectivas de vida, o que somente será possível se o sistema for plenamente socioeducativo, com educação plena e de qualidade, preparação para o trabalho, participação e integração social⁹. (RELATÓRIO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE – RESOLUÇÃO nº 67, 2011, p. 85)

Como já asseverado, prevalece, infelizmente, uma proximidade e semelhança da realidade do sistema socioeducativo com o sistema prisional brasileiro, seja em relação ao espaço físico, superlotações, fugas, rebeliões, insalubridades, precariedade de infraestrutura e de formação dos profissionais, diminutas oportunidades de formação profissional e educacional, realidade essa que dificulta sobremaneira o que dispõe os modelos preconizados pelo ECA e Sinase no cumprimento, bem como o alcance das Medidas Socioeducativas, de transformação/reinserção familiar/social e de cidadania.

Frente a essa realidade, complicada e temerária aprovar a redução da maioridade (imputabilidade) penal.

⁹BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Relatório da Infância e Juventude – Resolução no 67/2011: um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes, p. 85.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O assunto em tela teve por finalidade traçar uma breve reflexão acerca de um tema atual, polêmico (diante, em especial, da influência midiática no processo de formação de opinião) e necessário.

Analisar a viabilidade ou possibilidade da redução da maioria penal como forma de resolução da incidência da criminalidade que assola o estado brasileiro, é responsabilizar pessoas em processo de desenvolvimento, os quais são tutelados não apenas sob a égide do texto constitucional, quanto infraconstitucional.

Obviamente não se pode hoje afirmar que tão somente o aspecto da desigualdade social é o fato gerador desse envolvimento de jovens no cometimento de atos infracionais e, conseqüentemente, estarem em conflito com a lei, necessita-se de muito mais, a fim de evitar que esse cenário se agrave cada vez mais.

Os direitos sociais objetivam promover condições essenciais ao gozo de direitos, a fim, por exemplo, em minimizar as desigualdades, competindo ao Estado, fomentar ações em busca de melhor qualidade de vida e igualdade social.

Esse desequilíbrio socioeconômico resulta no crescimento da pobreza, da violência e, dessa forma, da criminalidade, estando inserido nessa realidade, o jovem excluído socialmente e vulnerável, decorrente da injusta distribuição de renda e oportunidades, impedindo o pleno desenvolvimento destes, ante esse quadro de desigualdades.

Direitos fundamentais dispostos nacional e internacionalmente são cristalinos nesse processo de formação e tutela, em todos os sentidos, das pessoas em desenvolvimento, leia-se jovens e crianças, contudo, a realidade socioeconômica, política e cultural brasileira, infelizmente, não permite que tais garantias sejam oportunizadas com efetividade e eficiência.

A realidade do sistema socioeducativo hoje implementado e existente em nosso país, não condiz, em absolutamente nada em atender a finalidade proposta pelo legislador brasileiro nesse processo de (re) educação, socialização e conscientização pelo jovem em conflito com a lei, ou seja, as medidas socioeducativas têm como objetivo único e exclusivo em garantir a proteção e possibilitar o desenvolvimento, bem como a reintegração do Adolescente infrator à sociedade e ao seio da família.

Nesse sentido, o sistema socioeducativo acaba sendo influenciado (direta ou indiretamente) pela realidade do sistema prisional, aliada a reação social do etiquetamento, por diversos fatores, tais como fugas, rebeliões, superlotações, insalubridade, desrespeito as condições mínimas de Dignidade da Pessoa Humana (e em desenvolvimento) e pela ineficiência do caráter educativo das medidas, somado ao comportamento coercitivo imposto, prejudicando ou impedindo sobremaneira o processo de ressocialização.

Assim, a efetivação de Políticas Públicas preventivas seria outro fator visando minimizar o crescimento de conduta infratora do menor de idade, em cumprimento a previsão constitucional e estabelecida no ECA, através de um processo de democratização e de ensinamento de valores como solidariedade, de respeito e garantia aos Direitos Fundamentais, principalmente através da educação, em busca da transformação social.

É preciso repensar e mudar!

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Crime, punição e prisões no Brasil**: um retrato sem retoques, p. 08. In: Foro Iberoamericano Sobre Seguridad Ciudadana, Violência Social Y Políticas Públicas, Madrid, Espanha. Anais..., jun. 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal**: introducción a la sociología jurídico penal. 1. ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

_____. **Criminología y sistema penal**: compilación in memoriam. Colección: Memoria Criminológica n. 1. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

BECKER, Roward Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Trad. Maria Luiza X. de Borges. 1.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B. **Violência e realidade brasileira**: civilização ou barbárie? Rev. Katál. Florianópolis v. 11 n. 2 p. 214-224 jul./dez. 2008, p. 215. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rk/v11n2/07.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda. **Resolução no 46**, de 29 de outubro de 1996. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/adolescente_em_conflito_com_a_Lei/Legislacao_adolescente/Federal_adolescente/Resolucao%20CONANDA%20n%2046-1996.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela**: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos/Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Relatório da Infância e Juventude – Resolução no 67/2011**: um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2015. Disponível em: <http://www.cmp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Um_Olhar_mais_Atento_02.07_WEB-completo-ok_1_1.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 05 ago. 2015.

_____. Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991. **Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) e dá outras providências**. Brasília, DF, 12 out. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8242.htm>. Acesso em: 05 nov. 2014.

_____. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. **Instituiu Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional**; e altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943. Brasília, DF, 18 jan. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em: 05 nov. 2015.

CAMPOS, A. et al. **Atlas da exclusão social no Brasil: dinâmica e manifestação territorial**. São Paulo: Cortez, 2003, p. 51.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed.rev. Coimbra: Almedina, 1995.

CHAVES JÚNIOR, Airto. OLDONI, Fabiano. **Para que(m) serve o direito penal?: uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2015.

DEL ROSAL, Bernardo Blasco. **La “privatización” de las prisiones: una huida hacia la pena de privación de libertad**. Número Extraordinario 12. San Sebastián: Eguzkilore, 1998. Disponível em: <<http://www.ehu.es/documents/1736829/2174308/11+Rosal.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

Dicionário de políticas públicas. Org.: Carmen Lúcia Freitas de Castro, Cynthia Rúbia Braga Gontijo, Antônio Eduardo de Noronha Amabile. Barbacena: EdUEMG, 2012.

FALCONI, Romeu. **Sistema presidencial: reinserção social?** São Paulo: Ícone, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (sem título original no exemplar utilizado).

GONSALVES, Vitor Eduardo Rios. **Direito Penal**, 16 ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2010.

IBGE. **Uma análise das condições de vida da população brasileira 2015**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/sinteseindicociais2015/>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

JANUZZI, Paulo de Martino. **Indicadores Sociais na Formulação e Avaliação de Políticas Públicas**, p. 2. Disponível em: <<http://www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4findic-curso-texto.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

Jornal do Brasil. **CNMP aponta que 17 estados têm superlotação de menores internados**. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2015/06/22/cnmp-aponta-que-17-estados-tem-superlotacao-de-menores-internados/>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

LEAL, César Barros **Prisão: Crepúsculo de uma era**. 2 ed. revisada e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LUÑO, Antonio Henrique Pérez.. **Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990.

MONTE, Franciela Félix de Carvalho et al. **Adolescentes autores de atos infracionais: psicologia moral e legislação**. *Psicol. Soc.*, Florianópolis, v. 23, n. 1, p. 125-134, Apr. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822011000100014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 jan. 2017

PECES-BARBA, Gregorio. **La diacronia Del fundamento y Del concepto de los Derechos: em tiempo de La historia**. In: ____ **Curso de Derechos Fundamentales: teoria general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RÉGIS, Jonathan Cardoso. COELHO, Luciana de Carvalho Paulo. **Sistema prisional e a possibilidade de mudança do reeducando através dos estudos: exercitando os direitos fundamentais e a cidadania**. XXV Congresso do Conpedi. Curitiba/PR, 2016.

SESI. Departamento Regional do Paraná. – Curitiba: SESI/PR, 2012. **Relatório da Comissão sobre a Medida de Desempenho Econômico e Progresso Social**. SESI. Departamento Regional do Paraná. – Curitiba: SESI/PR, 2012. Tradução de: Rapport de la Commission sur la mesure des performances économiques et du progrès social. STIGLITZ, Joseph E. SEN, Amartya FITOUSSI, Jean-Paul. (2009). SESI. Departamento Regional do Paraná. – Curitiba: SESI/PR, 2012, p. 15. Disponível em: <<http://territorioobservatorio.files.wordpress.com/2013/04/relatc3b3rio-da-comissc3a3o-sobre-a-mensurac3a7c3a3o-de-desempenho-econc3b4mico-e-progresso-social.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2013.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e. Pobreza, desigualdade e políticas públicas: caracterizando e problematizando a realidade brasileira. **Rev. Katál**. Florianópolis v. 13 n. 2 p. 155-163 jul./dez. 2010, p. 156. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rk/v13n2/02.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

LA FRAGILIDAD DE LOS DERECHOS¹

José Calvo González²

1 LA VIEJA SEGURIDAD. ANTEAYER, A MÁS DE UNSIGLO

En el reloj de la memoria europea de Stefan Zweig (Viena, 1881- Petrópolis. Brasil, 1942), suenan al inicio de El mundo de ayer las horas volcadas al nostálgico recuerdo del viejo mundo de la seguridad.

Si busco una fórmula práctica para definir la época de antes de la Primera Guerra Mundial, la época en que crecí y me crié, confío en haber encontrado la más concisa al decir que fue la edad de oro de la seguridad. Todo en nuestra monarquía austriaca casi milenaria parecía asentarse sobre el fundamento de la duración, y el propio Estado parecía la garantía suprema de esta estabilidad. Los derechos que otorgaba a sus ciudadanos estaban garantizados por el Parlamento, representación del pueblo libremente elegida, y todos los deberes estaban exactamente delimitados. Nuestra moneda, la corona austriaca, circulaba en relucientes piezas de oro y garantizaba así su invariabilidad. Todo el mundo sabía cuánto tenía o cuánto le correspondía, qué le estaba permitido y qué prohibido. Todo tenía su norma, su medida y su peso determinados [...] En aquel basto impero todo ocupaba su lugar, firme e inmutable, y en el más alto de todos estaba el anciano emperador; y si éste moría, se sabía (o se creía saber) que vendría otro y que nada cambiaría en el bien calculado orden. Nadie creía en las guerras, las revoluciones ni las subversiones. Todo lo radical y violento parecía imposible en aquella era la de razón. Dicho sentimiento de seguridad era la posesión más deseable de millones de personas, el ideal común de vida. [...] Primero, sólo los terratenientes disfrutaban de tal privilegio, pero poco a poco se fueron esforzando por obtenerlo también las grandes masas [...] También hubo avances en el ámbito social; año tras año, el individuo fue obteniendo nuevos derechos, la justicia procedía con más moderación y humanidad e incluso el problema de los problemas, la pobreza de las grandes masas, dejó de parecer insuperable. Se otorgó el derecho de voto a grandes círculos cada vez más amplios y, con él, la posibilidad de defender legalmente sus intereses; sociólogos y catedráticos rivalizaban en el afán de hacer más sana e incluso más feliz la vida del proletariado... ¿Es de extrañar, pues, que aquel siglo se deleitara con sus propias conquistas y considerara cada década terminada como un mero peldaño hacia otra mejor? Se creía tan poco en recaídas en la barbarie -por ejemplo, guerras entre los pueblos de Europa- como en brujas y fantasmas; nuestros padres estaban plenamente imbuidos de la confianza en la fuerza infaliblemente aglutinadora de la tolerancia y la conciliación. Creían honradamente que las fronteras de las divergencias entre naciones y confesiones se fusionarían poco a poco en un humanismo común y que así la humanidad lograría la paz y la seguridad, esos bienes supremos.

Para los hombres de hoy, que hace tiempo excluimos del vocabulario la palabra "seguridad" como un fantasma, nos resulta fácil reírnos de la ilusión optimista de aquella generación, cegada por el idealismo, para la cual el progreso técnico debía ir seguido necesariamente de un progreso moral igual de veloz. Nosotros, que en el nuevo siglo hemos aprendido a no sorprendernos de cualquier nuevo brote de bestialidad colectiva, nosotros, que todos los días esperábamos una atrocidad peor que la del día anterior; [...] hemos tenido que acostumbrarnos poco a poco a vivir sin el suelo bajo nuestros pies, sin derechos, sin libertad, sin seguridad. Para salvaguardar nuestra propia existencia, renegamos ya hace tiempo de la religión de nuestros padres, de su fe en el progreso rápido y duradero de la humanidad; a quienes aprendimos con horror nos parece banal aquel optimismo precipitado a la vista de una catástrofe que, de un solo golpe, nos ha hecho retroceder mil años de esfuerzos humanos [...].

1 Texto del Seminario impartido el 3 de marzo de 2005 en el Programa de Doctorado en Derechos Fundamentales. Asignatura de Teoría jurídica de los Derechos Fundamentales. Instituto de Derechos Humanos 'Bartolomé de Las Casas'. Universidad Carlos III de Madrid.

2 Catedrático de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Málaga (España). jcalvo@uma.es

Hoy, cuando ya hace tiempo que la gran tempestad lo aniquiló, sabemos a ciencia cierta que aquel mundo de seguridad fue un castillo de naipes.³

El texto, que contiene casi todas sus paráfrasis posibles, precisa de muy pocos comentarios. No es difícil descubrir en él un gráfico y penetrante ejemplo de sobre qué dos condiciones básicas se suscitaba y sostenía en el cuadro de una mentalidad burguesa la relación armónica entre libertad y seguridad. Una era la independencia económica, facilitada bien por disponer de bienes patrimoniales (propiedad) o de abundancia de recursos financieros (capital), bien de coberturas o prestaciones sociales para disminuir o paliar el riesgo, lo cual se obtenía, respectivamente, mediante una libertad negociada sólo intermediada por requerimientos legales mínimos, y a través del desarrollo de un sistema seguros (de accidentes, de enfermedad, planes de jubilaciones, etc., como el ideado por el Canciller Bismarck y que con rapidez se extendió a toda Europa). La otra fue psicológica y vino dada por la satisfacción de comprobar que las aspiraciones a la conservación del orden social se cumplían más perfectamente cuando, como en la naturaleza, se actuaba con la seguridad de los instintos; lo natural en sociedad consistía, pues, en evitar transiciones y cambios que pudieran perturbar la estabilidad, que ocasionaran inseguridad, razón por la cual el orden existente del mundo debía mantenerse en estado de tranquilidad para que así, efectivamente, perdurara. En consecuencia, la inseguridad artificial podía verse y dejar de serlo, y en cuanto a la natural el mundo de la libertad más segura sería aquel que más valora la seguridad, de donde la libertad dependía de la seguridad. Y sin embargo, todo ese mundo de seguridad se derrumbó igual que si se tratara de “un castillo de naipes”.

Al cataclismo de la Gran Guerra de 1914, sumaron nuevos efectos las revisiones y correcciones (Estado asistencial como especie de reeditado “contrato social” en una pujante sociedad industrial) que en la Europa de entreguerras (1918-1933) experimentó el Estado de Derecho liberal,⁴ y al definitivo fracaso de éste -como igualmente de aquéllas- en el contexto de crisis de la República de Weimar,⁵ que fue también el del propio positivismo jurídico como emblema del Estado de Derecho formal (derecho como

3 ZWEIG, Stefan. El mundo de ayer. Memorias de un europeo, trad. de J. Fontcuberta y A. Orzeszek, El Acanalado, Barcelona, 2001, p. 17-22. El lector podrá hallar una útil guía histórica donde seguir los acontecimientos de la política europea y mundial a lo largo de la era Bismarck (1862-1890) y aproximarse al equilibrio de poder durante el período comprendido entre 1898 y 1914 consultando las obras de Karl Theodor HEIGEL y Firtz ENDRES, Tendencias políticas en Europa durante el siglo XIX, trad. de M. Sánchez Sarto, Edit Labor, Barcelona, 1930 (c.), y Geoffrey BRUUN, La Europa del siglo XIX. 1815-1914 (1959), trad. de F. González Aramburu, FCE, México, 1974 (2ª reimp.), pp. 194-238. Es también lectura provechosa Carl E. SCHORSKE, Viena fin-de-siècle: política y cultura, trad. de I. Menéndez, Edit. Gustavo Gili, Barcelona, 1981, para la situación austriaca entre 1867 y 1918. En España, como señala José-Carlos MAINER, La Edad de Plata (1902-1931). Ensayo de interpretación de un proceso cultural. Los Libros de la Frontera, Barcelona, 1975, p. 85, la novela de Manuel CIGES APARICIO (1873-1936) Circe y el poeta (eds: Edit. Mundo Latino, Madrid, 1926; Novelas de Manuel Ciges Aparicio, ed., introd. y notas de Cecilio Alonso, Conselleria de Cultura, Educació i Ciencia de la Generalitat Valenciana, València, 1986, 3t. [Col. Clàssics valencians 3-4-5], y Edit. Siete Mares, Madrid, 2003), retrata en claves muy sencillas el mundo que conoció su edad dorada antes de la conflagración europea, visto desde la mirada de un poeta revolucionario en el París de 1914.

4 Harold J. LASKI, El liberalismo europeo (1936), trad. de V. Miguélez (1939), FCE, México, 1953 (1ª ed., 4ª reimp.), sin restar la merecida importancia a los profundos progresos que al liberalismo se deben, ha señalado también con claridad las causas del fracaso de la doctrina liberal como implícitas e inasequibles a todo intento de refundación: “El individuo a quien el liberalismo ha tratado de proteger es aquel que, dentro de su cuadro social, es siempre libre para comprar su libertad; pero siempre ha sido una minoría de la humanidad el número de los que tienen recursos para hacer esta compra. Puede decirse, en suma, que la idea de liberalismo está históricamente trabada, y esto de modo ineludible, con la posición de propiedad. Los fines a los que sirve son siempre los fines de los hombres que se encuentran en esa posición” (pp. 16-17), concluyendo que “sin duda la idea liberal, como tal, trató de superar el medio en que fue engendrada. Sin duda, también, la urgencia con que fue predicada como idea ayudó a mitigar las consecuencias cabales de la sociedad a cuya formación contribuyó. Pero tan pronto como el liberalismo, como espíritu que informa las costumbres de las instituciones, trató de efectuar su transformación fundamental, se halló con que era prisionero del fin a cuyo servicio había sido destinado. Porque los hombres que lo sirvieron no creían en sus derechos como distintos a los de ese fin” (p. 223).

5 Vid. Peter GAY, La cultura de Weimar (1968), trad. de N. Catelli, Argos Vergara, Barcelona, 1984, y José A. ESTÉVEZ ARAUJO, La crisis del Estado de Derecho Liberal. Schmitt en Weimar, Edit. Ariel, Barcelona, 1989. Asimismo Joseph ROTH (1894-1939), El juicio de la historia: escritos 1920-1939, Pról. trad. y notas de E. Gil Bera, Eds. Siglo XXI, Madrid, 2004, en crónicas sobre el proceso por el asesinato de Walter Rathenau, en 1922, y en general sobre la cultura berlinesa de los años 20.

“forma” en función de la paz⁶ en la *Teoría pura del Derecho* de Kelsen), sobrevino agregado el presagiable desmoronamiento del modelo de representación política del Estado parlamentario, y tras su derribo, sucesivamente, la emergencia de otros nuevos fenómenos de legitimación en estructuras y formas de legalidad caracterizadas esta vez por el común empleo de una metodología y dialéctica decisionistas de índole autoritaria. Así, poco antes de producirse el estallido de la Segunda Guerra Mundial, las soluciones a problemas vinculados en la relación Derecho y Poder al conjunto de derechos y garantías sobre Libertad y Seguridad ofrecían ya con claridad el panorama de un profundo debilitamiento, provocado por la implantación de regímenes totalitarios – triunfo de la revolución bolchevique (Rusia) y ascenso y apogeo de las doctrinas fascistas (Italia y Alemania)- además de acelerado por el rápido incremento de las tensiones y rupturas diplomáticas en las que la Paz acabaría siendo finalmente destruida. Luego, ya durante el conflicto bélico, que tuvo al continente europeo como escenario y referencia principal de una conflagración de dimensiones planetarias, tanto la amenaza al programa ilustrado inspirador del reconocimiento y protección de derechos del hombre como la ignorancia o rechazo a los avances nacionales e interestatales – aún tímidos y sistemáticos- en materias de defensa de libertades civiles y políticas, no menos que el desentendimiento, transgresión y desprecio al conjunto de convenciones e instrumentos básicos de la comunidad internacional (*Pacto de la Sociedad de Naciones*. Ginebra, 1919) sobre el *ius in bello* y el derecho a la paz,⁷ se hizo trágica e incontestable realidad en una atmósfera donde esa generalizada violación y absoluto abuso, alentada por una ideología –el nazismo- de extraordinaria degradación moral y brutalidad metódica, esencial y hasta metafísicamente deshumanizada, envolvió el propósito del aniquilar la *condición humana*.⁸

2 UNA NUEVA SEGURIDAD. AYER, NO HACE AÚN EL SIGLO

La derrota militar del dominio nazi, para la que fue necesaria la alianza de las principales potencias internacionales, generó también durante los primeros años de posguerra un basto compromiso de diálogo multilateral y autocrítica del que será expresión el consenso moral adoptado en la *Declaración Universal de Derechos del Hombre*,⁹ aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, plasmando allí el establecimiento de una pauta común para todas las naciones y el ideal de realización del ser humano libre. La etapa histórica que inauguraba se subsumía en una concienciación crítica de la incivildad concluida desde la introspectiva de las atrocidades practicadas en Auschwitz (se cumplen ahora 60 años de la liberación de este campo de exterminio, el 27 de enero de 1945), así como del paulatino, aunque todavía muy limitado, conocimiento de la represión concentracionaria puesta en marcha por Stalin en Siberia. En el *Considerando* segundo del preámbulo de esa Declaración se lee que, en efecto, “el desconocimiento y menosprecio de los derechos del hombre han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”.

6 Vid. Hans Kelsen, “Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus” (1928), en Hans KLECATSKI, René MARCIC, Herbert SCHAMBECK (eds.), *Die Wiener Rechtstheoretische*, Europa Verlag, Wien-Frankfurt-Zürich, 1968, p. 281-350, en espec. p. 344.

7 Para un examen doctrinal de *eius ad bellum* e *eius in bello*, Alfonso RUIZ MIGUEL, *La Justicia de la Guerra y de la Paz*, CEC, Madrid, 1988. Vid también Raymond ARON, *Paz y guerra entre las naciones*, trad. de L. Cuervo, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1985. Sobre la profunda resistencia germana a aceptar la implantación internacional un *codex belli* como *lex scripta* es muy recomendable lo escrito por Ramiro de MAEZTU durante su estancia londinense y vinculación a los círculos del socialismo fabiano para Introducción (p. 11-53, y en espec. p. 31-39) a Arnold J. TOYNBEE, *El terrorismo alemán en Bélgica*. Narración basada en los documentos, Hayman, Christy & Lilly, Ltd., Londres, 1917.

8 Hannah ARENDT, *Eichmann en Jerusalén (1963-1965)*, trad. de C. Ribalta, Edit. Lumen, Barcelona, 1999, Karl JASPERS, *El problema de la culpa, (1945-1946)*, trad. de R. Gutiérrez Cuartango e introd. de E. Garzón Valdés, Paidós-ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1998. Vid. también Norbert BILBENY, *El idiota moral. La banalidad del mal en el siglo XX*, Anagrama, Barcelona, 1993.

9 Reproducida en Gregorio PECES-BARBA-Liborio HIERRO-Santiago ÍÑIGUEZ DE ONZONO- Ángel LLAMAS, *Derecho positivo de los Derechos humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1987, p. 274-280. Sobre su genealogía textual y política, Antonio CASSESE, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo (1988)*, trad. de A. Pentimalli Melacrino y B. Ribera de Madariaga, Edit. Ariel, Barcelona, 1991 p. 31 y ss.

No obstante, en absoluto se trataba de rescatar y reproducir el agotado paradigma de lavieja seguridad, básicamente organizado en procedimientos tendentes a evitar o suavizar las domésticas incertidumbres pequeño-burguesas caracterizadoras del modelo de nacionalismo de Estado liberal. Aquella clase de seguridad –tal vez la única concreta e históricamente determinada que el hombre moderno alcanzó a conocer- fue la primera víctima sacrificada en el extraordinario incendio que abrasó todo el mundo contemporáneo.¹⁰ La inseguridad quedaba ya definitivamente instalada en el estándar de vida de una Humanidad que para entonces, pese a vivir una época de profunda desconfianza, o tal vez por lo que esa misma crisis significaba, se decidía sin embargo a proclamar su fe (“como la aspiración más elevada del hombre”) en “el advenimiento de un mundo en el que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de conciencia”. En adelante, los derechos humanos no actuarían para garantizar la seguridad, que para siempre dejó de existir, e incluso respecto de la cual se era en gran medida consciente de que tampoco la sola recuperación de los restos de la herencia ilustrada (de tradición individualista) podría devolver a la existencia,¹¹ sino para preservar la Paz, que sólo a tan alto precio pudo ser recuperada. Nunca más, o mejor, nunca jamás, el “ideal de ser humano libre” podría realizarse sin permanecer liberados del temor (y de la miseria), repetirán también con insistencia el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (New York, 16 de diciembre de 1966) [*Reconociendo* segundo] y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (New York, 16 de diciembre de 1966) [*Reconociendo* segundo].¹² La libertad humana únicamente sería posible velando y protegiendo el en todo *ex novo* estatus jurídico de la emancipación del miedo (y del mandato legal de desarrollo económico) obtenido a través de la Democracia y la Paz desde sus condicionantes históricos inmediatos, la suspensión de la Libertad en los fascismos y el horror de la reciente Guerra.

3 LA SEGURIDAD DE HOY. AHORA, YA EN ESTE SIGLO

Aquella concepción, formada en el juicio valorativo práctico sobre la relevancia y responsabilidad del miedo, y fuere que en su construcción teórica basilar (*Reconociendo* sobre innata dignidad del ser humano) se inclinara hacia la fundamentación ética neokantiana del derecho justo,¹³ lo hiciera a favor de recobrar la antigua idea de derecho natural¹⁴ o, a diferencia de cualquiera de ambas, más bien se mostrara partidaria de reivindicar antes sobre todo su vertiente jurídica de positivación con base en el valor de la dignidad de la persona,¹⁵ es lo cierto que abrió un nuevo rumbo en la historia de los Derechos humanos.

Esa idea de los Derechos humanos iba a producir, de hecho, una fundamental transformación en el curso de su historia. Estrenaba capítulo al establecer para ellos la perspectiva no de salvaguarda de la Seguridad, sino de convicción en la esperanza preservativa de la Paz; y precisamente porque la radical experiencia del miedo y su trágica catarsis no representaban un principio abstracto, planteado por fuera de las condiciones históricas, como un golpe del Destino, sino una amenaza que efectivamente ya materializó sobre la realidad por decisiones y responsabilidades imputables. El Holocausto, pues,

10 Vid. Carl AMERY *Auschwitz ¿Comienza el siglo XXI? Hitler como precursor*, trad. de C. García Ohlrich, Turner/FCE, Madrid, 2002.

11 Así, la transacción comunitarista del art. 29.1: “Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.”

12 Reproducidos en *Derecho positivo de los Derechos humanos*, cit., p. 361-378; 379-388.

13 Vid. Gustav RADBRUCH, “Leyes que no son derecho y Derecho por encima de las leyes” (1946), en G. RADBRUCH, E. SCHMIDT, H. WENZEL, *Derecho injusto y Derecho nulo*, Edit. Aguilar, Madrid, 1971, p. 1-21.

14 Vid. Isaiah BERLIN, “La unidad europea y sus vicisitudes” (1959), en *El fuste torcido de la Humanidad. Capítulos de historia de las ideas*, ed. a cargo de H. Hardy (1990), trad. de J.M. Álvarez Flores y pról. de S. Giner, Eds. Península, Barcelona, 1992, en espec. p. 190-194. Recogido también en Isaiah BERLIN, *Antología de ensayos*, ed. e introd. de Joaquín Abellán, Edit. Espasa Calpe S.A., Madrid, 1995, p. 415-451.

15 Vid. Gregorio PECES-BARBA, *El fundamento de los derechos humanos*, Edit. Debate, Madrid, 1989 y *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003.

había demostrado “tanto la necesidad prudencial de los derechos humanos como su intrínseca fragilidad”.¹⁶ Los Derechos humanos se edificaban ahora desde el testimonio de la inseguridad (del miedo como temor y espanto por lo ocurrido en el pasado, o como medrosía en un porvenir apocalíptico),¹⁷ más que a partir de la seria convicción y hasta confiable expectativa de su eliminación inmediata.

Es así, me parece, como se instaura un compromiso, histórico antes que nada, y un equilibrio, de carácter lógico sobre todo, entre Libertad y Seguridad (frente al miedo) desde la Paz (frente a la guerra) como reducción auténtica y efectiva del riesgo. O lo que es igual, una posición estratégica de alerta (preservar la Paz) *versus* una medida táctica (garantizar la Seguridad), claramente diferenciables entre sí, pues mientras la primera conduce a mitigar los efectos del riesgo desde su aceptabilidad, la segunda sólo puede intensificarlo, así como también porque la primera es cuantificable (control y evitabilidad de consecuencias negativas del riesgo potencial, latente), y no lo es la segunda, que incapaz de minimizarlo se expone con la amenaza, aún siquiera conminatoria, a alentar y desatar en una escalada creciente y no dominable su activación, su virulencia.¹⁸

Pero hoy, en la actualidad, ni ese compromiso ni ese equilibrio se ha mantenido, incumplido el uno y el otro roto. Y la fragilidad de los derechos, que nuestro *desideratum* había convertido en *triumfos*, ha quedado en entredicho y a la vista, aunque tal evidencia responde a patrones distintos de aquellos que presidieron su origen de posguerra ¿Qué ha sucedido?

Los días 11-S. 2001 (New York, World Trade Center. Washington, Sede del Pentágono) y 11-M. 2004 (Madrid, Estación de Atocha) ofrecieron a nuestro mundo contemporáneo las imágenes del abismo. Las contemplamos en una visión tan sobresaltada y próxima, tan pavorosa, como imposible de sobrellevar. Era inútil tratar de sobreponerse a la inmediatez de aquel horror. Y en su desconcierto, las sociedades modernas (occidentales, democráticas y post-industriales) descubrieron de pronto, concretada en la retina de cada uno de nosotros, la colosal estatura de una amenaza imprevista para la que no se hallaban prestas: el ataque del terrorismo transnacional, global. En esos instantes gran parte de la presupuestaria fiabilidad fundada en la fragilidad preservativa de la “sociedad del riesgo”, y en verdad vale aquí emplear tal expresión (*Risikogesellschaft*),¹⁹ sufrió un interno y sustantivo removimiento. Entre los efectos de esa honda conmoción a poco se advertiría uno capaz de afectar a elementos doctrinales, todavía vigentes en aquel momento, sobre la comprensión de los Derechos humanos en sus planteamientos sobre Paz, Libertad y Seguridad. El epicentro del seísmo se localizaba en la mutación que la vívida y muy sensible experiencia de los acontecimientos produjo sobre la noción de “riesgo”. La extrema cercanía con que los sucesos del 11-S (como después asimismo en el 11-M) fue mediáticamente

16 Michael IGNATIEFF, Los derechos humanos como política e idolatría, introd. de A. Gutmann, coment. de K. A. Appiah et al., trad. de F. Beltrán Adell, Eds. Paidós Ibérica S.A., Barcelona, 2003, p. 100.

17 Aun sin las precisas matizaciones, que no es caso desarrollar aquí, con medrosía del porvenir apocalíptico aludo al intensísimo y disuasorio miedo sentido durante los años de la “guerra fría” ante la total destrucción del género humano, en un holocausto mundial, resultado del empleo de armas nucleares.

18 En el tercero de los artículos preliminares para la paz perpetua entre los Estados, ya señalaba Kant que los ejércitos permanentes (miles perpetuus) suponían “una amenaza de guerra para otros Estados con su disposición a aparecer siempre preparados para ella. Estos Estados se estimulan mutuamente a superarse dentro de un conjunto que aumenta sin cesar y, al resultar finalmente más opresiva la paz que una guerra corta, se convierten ellos mismos en causa de guerras ofensivas”. Vid. Inmanuel KANT, La paz perpetua (1795) trad. de J. Abellán, Present. de A. Truylol y Serra, Edit. Tecnos, Madrid, 1985, p. 7.

19 Vid. para un examen de la idea de “sociedad del riesgo” diversos trabajos de Ulrich BECK, como *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt, 1986 y en espec. *Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Suhrkamp, Frankfurt, 1988 y *Die Erfindung des Politischen. Zu einer Theorie reflexiver Modernisierung*, Suhrkamp, Frankfurt, 1993, de Anthony GIDDENS, *Consecuencias de la modernidad*, trad. de A. Lizón Ramón, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1993 y *Modernidad e identidad del yo. El yo y la sociedad en la época contemporánea*, trad. de J. L. Gil Aristu, Eds. Península, Barcelona, 1995. Asimismo Niklas LUHMANN, desde su enfoque sistémico, *Soziologie des Risikos*, De Gruyter, Berlin, 1991. Sobre las respectivas posiciones puede consultarse Josexto BERIAIN RAZQUIN (ed.), *Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*, trad. de C. Sánchez Capdequi, Anthropos, Barcelona, 1996. Sobre la penetración e influencia del concepto “sociedad del riesgo” en la doctrina penal, Carlos PÉREZ DEL VALLE, “Sociedad de riesgos y reforma penal”, en *Poder Judicial*, 43-44, 1996 (II), p. 61-84.

ofrecida, llegó hasta su límite más extra-simbólico, como una ventana “*en directo*” a lo que no parecía suceder donde tenía lugar;²⁰ determinando que el modo de percepción y entendimiento del “riesgo” cambiase a extraordinaria velocidad.

La situación de “riesgo” (temor a la eventual repetición de “actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”) trastocó de contingente en inminente, esto es, en “peligro”.²¹

La posición estratégica de alerta (preservar la Paz), había funcionado mal, había fallado, y así se daba a ver *per se* ante los ojos del mundo entero. Ya con todas las alarmas disparadas, ya verdaderamente en “estado de alarma”, en pánico, la única medida táctica, al comienzo sobre todo prioritaria y desde luego del todo priorizada, estribó en “garantizar la Seguridad”. La “sociedad del riesgo” pasó a ser, operativamente, “sociedad del peligro” (*Gefahrgesellschaft*), lo que en su urgencia y a la postre hacía admisible optar como respuesta por maximalizar el uso de la fuerza en defensa, por suspender e interrumpir la Paz, por la intervención “preventiva”, por la Guerra en definitiva.

En ello, la consecuencia para la significancia jurídica de los Derechos humanos ha sido que de la fragilidad por *riesgo* se ha venido a parar en su vulnerabilidad por *peligro*. En otras palabras, la Seguridad se ha convertido en el *agujero negro* de los derechos, del Derecho incluso²² (también como certeza y previsibilidad). Y es así, en esos términos, que “garantizar la Seguridad” comporte igualmente un signo inconfundible de contramodernidad para con el respeto de los Derechos humanos y de retracción del desarrollo de nuestra historia y cultura jurídicas.

4 LOS DERECHOS HUMANOS COMO “DAÑOS COLATERALES” DE LA SEGURIDAD

Es a menudo complicado no seducirnos por la fantasía de imaginarnos en una situación que semejaría la de la noche en que habiéndonos acostado al sueño de la razón, amaneciéramos la mañana siguiente en la vigilia de la voluntad. Que confiando compartir lecho con los postulados racionales y universalmente válidos de Kant, nos descubriésemos entre Hobbes y Marx; de un lado “el estado de naturaleza”, al otro “la clase”.

Ciertamente, como escribe Muñoz Molina,²³ “las libertades se dan fácilmente por supuestas, pero no hay nada más *frágil* que la democracia, entre otras cosas porque no tiene nada de natural. Lo natural es el abuso de los fuertes sobre los débiles, la adhesión a lo más cercano y la hostilidad a lo extranjero o lo desconocido, el perjuicio y no la curiosidad, el impulso y no la razón. Es necesario recordar continuamente lo que ha costado ganar lo que tenemos, y lo reducido que es en el mundo el espacio de las democracias y del imperio de la ley, para darnos cuenta del valor que tiene y de lo fácil que sería perderlo”. Pues bien, en esta percepción se contienen dos apreciaciones tan perfectamente suscribibles como diferencias, que no obstante exacerbadas e in distinguidas entre sí, conducen a error.

20 Antonio MUÑOZ MOLINA, Ventanas de Manhattan, Edit. Seix Barral S. A., Barcelona, 2004, p. 76-80.

21 Creo, modestamente, que mi formulación terminológica aventaja y mejora otras habitualmente empleadas. V. gr., Pierre HASSNER, “La signification du 11 septembre. Divagations politico-philosophiques sur l'événement”, en *Esprit*, 11, 2002, p. 153-169, cuando al sostener que la política moderna tiene como proyecto sustituir por pasiones serenas y frías las pasiones violentas y los intereses apasionados, señala que si el siglo XX puso de manifiesto los límites de esta empresa, el XXI nace con un nuevo déficit, el del terrorismo inspirado por el fanatismo religioso y el contraterrorismo maniqueo inspirado por el “miedo”. A mi modo de ver, la única conclusión relevante de este uso de la expresión sería en realidad metalingüística, mostrando al miedo, sobre todo, como una infraideología.

22 Vid. Miguel CARMONA RUANO “El impacto jurídico del 11 de septiembre”, en *Jueces para la democracia*, 45, noviembre/2002, p. 81-91: “los atentados no sólo produjeron la demolición brutal de edificios simbólicos, sino que las Torres Gemelas pueden estar arrastrando en su caída principios centrales de nuestra cultura jurídica” (p. 81). Asimismo Mary ROBINSON: “Los derechos humanos, ensombrecidos por el 11-S”, en *diario El País*, 4/07/2002.

23 Antonio MUÑOZ MOLINA, “Ciudadanía, Culturas, Libertades”, en *Extranjeros y Derecho penal*, Cuadernos de Derecho Judicial IV, 2003, CGPJ, Madrid, 2004, p. 75-76.

La experiencia desde mediados del siglo XX subraya en realidad la insuficiencia y el rechazo de Hobbes como de Marx, aunque asimismo también cuestiona seriamente una inmoderada actitud triunfalista respecto de determinados presupuestos, nunca o al menos no lo bastante demostrados. Esa etapa de la centuria anterior a ésta en que vivimos demuestra con dificultad -y más bien prueba lo contrario- el axioma de que bien vale la pena perder libertad y democracia para ganar seguridad. Es frecuente, en efecto, que resultemos atraídos por esa sugestión intelectual. Pero la impresión que ella nos brindara sería al final falsa, pues en definitiva el devenir de la historia del mundo contemporáneo entre los siglos XIX y XX y de éste al XXI, no vino a modificar ni el curso de la precedente, ni tampoco otro más antiguo.²⁴ Quienes trataran de convencer o persuadir acerca de que no fue así estarían falseando la Historia, engañando. De siempre y a lo largo de la Historia, la libertad y la democracia suscitaron recelo y desconfianza. Con todo, nada en lo anterior impide reconocer que quizás hayamos olvidado demasiado pronto y fácilmente los importantes sacrificios, es decir, desatendido al valor de las renunciaciones, que el arribar a la modernidad nos ha llevado y exigido. En tal sentido, lo que sí parece haber sucedido casi como de un día para otro y como casi de la noche a la mañana es un cambio del tipo de fragilidad que advertía e informaba sobre el valor de los Derechos humanos. Éstos, por valiosos, eran frágiles, y también en esa fragilidad residía su valor. La fragilidad de los derechos que en el mundo contemporáneo de la era posterior a la II Guerra Mundial tomaba su circunstancia precisamente de anunciar con bastante fiabilidad el temible riesgo a que su deterioro y erosión conducía, ha visto trastornada su naturaleza con la alteración de su original imagen de salvaguarda frente al fascismo y de freno contra la guerra mediante una variación donde el ideal de libertad se proclama en el antiterrorismo, y la preservación de la Paz en la garantía de Seguridad.

Esa mudanza implica sin duda una aguda transfiguración, una metamorfosis en sentido etimológico, o sea, un más allá de la figura o aspecto, por tanto donde cualquier parecido con el estado inicial se ha desvanecido. Y frágil se predica desde ahora de lo enteco, caduco, perecedero, como endeblés o sin pujanza, transitorios o pasajeros, precarios o inestables comenzarían a ser también desde ahora, sin tiempo de descuento, los derechos. Los Derechos humanos habrían perdido su condición de infungibles en el espacio y en el tiempo. En la nueva situación ocuparían una posición destinada a padecer y soportar "daños colaterales".

Desde luego, es claro que la conciencia de los derechos en su papel transfronterizo frente a la ghettoización de la universalidad²⁵ ha registrado una mayor y más evidente tendencia al adelgazamiento y la clausura, en especial entre los pueblos y gobiernos del mundo acostumbrados a vivir sin pensar en el terrorismo, o sentir el temor a su violencia de un modo en todo distinto del actual.²⁶ Normalmente esas poblaciones eran también las mismas que reaccionaban con la fobia hacia lo extranjero o diferente, y se hacían representar por sistemas e instituciones que exhibían una continua exaltación del nacionalismo de Estado. Por esa razón ha sido en ellas, que así ya apuntaban una metamorfosis del miedo,²⁷ donde mayormente la idea de peligro está arraigando o ya lo ha hecho. Allí es también donde más se acentúa la restricción de las libertades y el retroceso en la igualdad.

Además, de manera particular y palpable, el aprecio por la legitimidad de los derechos -por la del Derecho- todavía se compromete más de fractura y acaba dañado cuando, una vez reformulados en

24 Jean Jacques ROUSSEAU, *Contrato Social* (1762), trad. de M. Armiño, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1991 (8ª reimp.), cap. I, p. 10: "El hombre ha nacido libre y por doquier está encadenado."

25 Javier DE LUCAS, *Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Eds. Temas de Hoy S.A., Madrid, 1994, y José CALVO GONZÁLEZ, "Ghettoización de la Universalidad y futuro de los Derechos Humanos", en *Derechos y Libertades*, 5/1995, p. 405-412. Vid. también Javier DE LUCAS, *Europa: ¿Convivir con la diferencia? Racismo, Nacionalismo y Derechos de las minorías* (1992), Edit. Tecnos, Madrid, 1994 y *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Icaria, Barcelona, 1996.

26 Vid. Ignacio RAMONET MÍGUEZ, *Guerras Del siglo XXI. Nuevos miedos, nuevas amenazas*, Edit. Mondadori, Barcelona, 2003.

27 Vid. Roberto ESCOBAR, *Ironía e paura del quotidiano*, Edizioni Unicopli, Milano, 1989 y *Metamorfosi de la paura*, Il Mulino, Bologna, 1997.

garantía de la Seguridad, sirven instrumentalmente a la oportunidad vindicativa. La venganza es la fuerza que revoca la distancia entre la justicia y la injusticia. Llegando a ese punto, el creciente deseo y clamor de venganza impide discutir con serenidad y ser oído al proponer posibles explicaciones sobre los móviles y coordenadas del terrorismo, sea que se concreten en el fracaso del capitalismo de mercado (o fundamentalismo de Mercado)²⁸ para tratar a los pueblos del Tercer Mundo con justicia (liberarlos de la miseria) e incluirlos en el futuro global, o se tracen como brutal respuesta al materialismo laico y la agresiva *macdonalización* de las sociedades tradicionales.²⁹

Sin embargo, hoy, pasados cinco años desde el final del segundo milenio, deberíamos discernir con mayor claridad el sentido y valor del fin del viejo mundo de la seguridad, y comprender mejor el mundo que hasta ayer conocimos. El contundente paso de uno a otro milenio ha producido el pliegue de una regresión política y jurídica que demanda, por encima incluso de las valientes condenas morales que no desvían la mirada de los actos injustos, remediar el cuarteamiento y grietas abiertas durante el siglo XX en el Estado constitucional de Derecho,³⁰ y detener su proceso de empeoramiento y degradación.

Por tanto, únicamente la decisión de acometer en serio una tarea de compostura y consolidación hará aún posible continuar construyendo en firme sobre los logros en derechos de la era posterior a la II Guerra Mundial, evitando exponer la fragilidad que presidió su epifanía contemporánea, y que en el escenario histórico del presente se reclama como su principal robustez, a una banalización de su significancia.

Tal resolución, si es sincera, exige necesariamente comenzar reparando el más grave resquebrajamiento; el de la regla procesal garantista que, asumida en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos internos, fisura sin embargo en el marco de la legalidad interestatal: toda persona tiene derecho a "un tribunal independiente e imparcial [...] para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal" (DUDH art. 10).³¹ En la nueva sociedad del peligro terrorista se lo vulnera al permitir que los ofendidos por una conducta antijurídica, las víctimas de los atentados, "adopten simultáneamente el papel de *acusador, juez y ejecutor*".³² El intento por afianzar la universalidad de esa garantía, que en efecto se ha mostrado muy complejo y problemático en la vía diplomática mientras el modelo que articula la relación y conducta entre las naciones todavía opera con una fórmula comprimida y privilegiada de la preservación de la Paz mundial -el derecho de veto a disposición de los Estados miembros permanentes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas- solo podrá prosperar a través de una instancia jurídica supranacional, la Corte Penal Internacional,³³ que a razón de la universalidad de su jurisdicción, actuando como juez natural, persiga y castigue eficazmente la barbarie de los crímenes contra la Humanidad, pero igualmente patrocine y proteja la paz internacional frente a la inseguridad introducida por un ejercicio desconcentrado de la seguridad o la privatización de la agenda de seguridad global por algún grupo de países. Desde luego, como he indicado, de nada sirve tratar de ocultar que el vislumbre de ese horizonte aparece a una distancia aún demasiado lejana del punto a partir del cual hoy

28 Vid. Joseph E. STIGLITZ, *Malestar de la globalización*. Taurus, Madrid, 2002.

29 Vid. Noam CHOMSKY, 11/09/2001, trad. de C. Aguilar, RBA Libros S.A., Barcelona, 2001.

30 José MARTÍNEZ DE PISÓN, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Edit. Tecnos, Madrid, 2001, p. 206.

31 Asimismo art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

32 Ulrich BECK *Sobre el terrorismo y la guerra* (2002), trad. de R. S. Carbó, Eds. Paidós Ibérica S. A., Barcelona, 2003, p. 35. Vid también David HELD, "Globalización: el peligro y la respuesta", en diario *El País*, 4/07/2002: "El atentado terrorista del 11-S contra las Torres Gemelas y el Pentágono fue un momento definitivo para la historia de las generaciones actuales. En respuesta, EEUU y sus aliados más importantes podrían haber decidido que la forma más importante y eficaz de detener el torrente de terrorismo global sería reforzar la legislación internacional y ampliar las funciones de las instituciones multilaterales. Podrían haber decidido que era importante que ningún poder o grupo pudiera actuar por sí solo como juez, jurado y verdugo."

33 Juan Antonio CARRILLO SALCEDO (Coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Internacional Penal*, CGPJ, Madrid, 2000, Isabel LIROLA DELGADO y Magdalena M. MARTÍN MARTÍNEZ, *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Edit. Ariel, Barcelona, 2001 y Ángel GALGO PECO (Dir.), *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, (Cuadernos de Derecho Judicial XIII-2003), CGPJ, Madrid, 2004.

se mueve la política internacional de las naciones más poderosas del planeta, y que para imprimir una variación en el curso de esa dirección sería preciso comprometer, de hecho, pero sobre todo de Derecho, justo la participación de los mismos gobiernos que con más fervor lideran la resistencia a que ese diferente sesgo tenga ocasión a producirse. Esta apreciación de la realidad, sin embargo, no debe hacernos reducir cualquiera imaginables conclusiones a la constatación de lo que nos encontramos ante lo que vulgarmente se conoce como un problema de tipo “callejón sin salida”, sin solución posible, sino servir de señal de hacia dónde no debemos continuar la marcha. Es por eso lo más inquietante comprobar que desde una óptica de alcance más regional tampoco el panorama lleva allí camino de mejorar, y que el espeso nublado que se interpone a la visión en profundidad sigue extendiendo su oscuridad antes que disiparse. V. gr.: especificaciones del texto de la *Constitución Europea* que para adelantarse a la amenaza terrorista consienten emprender acciones preventivas.³⁴

Al propio tiempo, ya en niveles de actuación circunscritos a lo nacional, debería procederse también a subsanar y restablecer, es decir, a restaurar y reponer, el sello de origen y marca más contrastada de la fragilidad de los derechos y garantías en cuanto “ley del más débil”.³⁵ Será entonces imprescindible, lo es ya a virtud del cariz que presentan, rehacer las políticas regionales de seguridad y de seguridad doméstica en no pocos Estados donde se auspicia y practica una ideología jurídico-política de la seguridad consistente en resguardar a sus nacionales de lo presendido (asimismo como sentimiento anticipado) y expuesto como el peligro, por cuanto enemigo, del extraño a la comunidad. La idea de ese enemigo (*enemicus*) recoge del derecho romano arcaico, aún en época más primitiva que la de las *XII Tablas*, lo presentando en su determinación objetiva como la del que, perteneciendo a una misma *familia*, de la que desertaba o a la que traiciona, había dado muerte al padre, a la madre o a algunos de los parientes dentro del cuarto grado, y así también el modo organizar la función persecutoria y represora instrumentada por entonces a través de la continuación del rastro *trastiberum* (más allá del río Tiber como frontera del espacio de identidad comunitario de las familias) y el instituto de la *vis privata* (resarcimiento vengativo). El Derecho en nuestros días aprovecha de ese conjunto de rasgos, si bien redibujándolos; ahora reviste con la categoría de enemigo al ajeno, extraño o extranjero; ahora anticipa la tutela a su acción antijurídica, que además se alegoriza socio-cultural y políticamente en el peligro de dar muerte a la *patria* (Estado nacional), *matría* (organización regional) o alianza de sangre (allegados consanguíneos, de parentesco más próximo, semejantes a nosotros porque les alcanza el “aire de familia”); ahora amuralla (*res sancte*) el recinto de la identidad común (*pomerium*) controlando el acceso exterior desde puertas (*fores*, la puerta vista desde el que está dentro de la casa, *domi*; v. gr.: *foris* o *foranus* versus *domesticis*, *domesticum*) por las que filtra su entrada (cierra el paso y deja fuera) con base en marcadores antropológicos (raza [blanca], religión [cristiana], civilización [occidental]) o a partir de la procedencia geográfica (continente [europeo, Primer Mundo]), a fin de contingentar (porque sin duda se piensa en clave de mercancías y servicios) la producción y desarrollo económico-industrial interior; ahora, finalmente, ya monopolizado el uso de la fuerza por los poderes y órganos del Estado, es el propio sistema jurídico quien declara y ejecuta la respuesta de aversión, hostilidad y enemiga.

El Derecho es de esta manera real y verdadero responsable de producir una rarefacción de la atmósfera de garantías procesales y alimentar un estado de expansión punitiva habiendo elaborado para ello una construcción dogmática que va más allá del “derecho penal de la puesta en riesgo”, formulada ya como

34 Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, parte primera, título V, capítulo III, art. I-43 a) establece en materia de regulación particular relativa al espacio común de libertad, seguridad y justicia, como cláusula de solidaridad, la movilización por la Unión de “los instrumentos de que disponga, incluidos los medios militares puestos a su disposición por los Estados, para prevenir la amenaza terrorista en el territorio de los Estados miembros”. Con la dicción empleada no se aparta del programa operativo a una intervención militar preventiva.

35 Luigi FERRAJOLI, Derechos y garantías. La ley del más débil, (1994 y 1994), trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, con Pról. de P. Andrés Ibáñez, Edit. Trotta, Madrid, 1999.

“derecho penal del enemigo”,³⁶ y asimismo, agente directo y eficaz, so pretexto de regulación del fenómeno migratorio,³⁷ en disponer mecanismos para la demonizadora segregación espacial y social de determinados colectivos. En una situación de menoscabo como ésta pienso que no basta ya tan siquiera con reconstruir el Estado constitucional de Derecho. Es fácil constatar que el cuarteamiento es en este siglo XXI una hendidura demasiado profunda, que hoy las grietas están haciéndose auténticas quebraduras. Es por eso que la precisa y necesaria acción frente a la progresiva agravación de esos detrimentos tiene que decidirse a ir más allá, no limitándose pues, sólo, a sanear aquello que al modelo de la democracia constitucional y la idea de constitucionalismo les impide recuperar su primitiva fisonomía, sino procurar una rehabilitación que los revalorice. Y por eso también creo que, mientras no sea definitivamente tarde, esto es, mejor antes que después, habríamos de asumir que tal labor conlleva reemplazar, entendido como resituar, algunos de nuestros criterios acerca de ellos, y al menos dos.

Uno sería, a mi entender, siempre buscando que “los derechos” resistan en la función de fundamentalidad, de autoridad,³⁸ que en el sistema jurídico les cumple desarrollar, ir a la readquisición del lugar que a la soberanía popular incumbe como criterio de sentido reconstituyente para la democracia constitucional.³⁹ El otro, ir en busca de algún nuevo criterio en el que solventar cómo remover los límites de pertenencia de la ciudadanía a la nacionalidad, cómo trasladar dentro, es decir, de qué modo incluir a quienes hoy permanecen a las puertas de “los derechos” y excluidos de sus garantías, porque al no alcanzarles la condición de nacionales tampoco disponen de los privilegios que a éstos les corresponden en el reconocimiento de la universalidad, aun cuando como tal ésta fuera proclamada por encima cualquier cierre político-espacial.⁴⁰ La solución, quizás, consista en ensanchar el ámbito, globalizar, “cosmopolitizar” el espacio constitucional hasta identificarlo con una ciudadanía universal. De lo que sin embargo no cabe duda es que hasta ahora el mero trasvase inverso, de las convenciones internacionales carentes de garantías a los ordenamientos constitucionales, no ha dado el resultado apetecible, o no desde luego tan igual para todos y suficientemente universalizado como hubiera sido de desear, como fue lo deseado. Ello, en uno u otro caso, debería ponernos de manifiesto la conveniencia de refundar el constitucionalismo sobre bases diferentes a las actuales.

36 Vid. G PORTILLA CONTRERAS, “EL derecho penal del enemigo”, en *Mientras tanto*, 83, 2002, p. 78 y ss., y Günther JAKOBS-Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Civitas Eds. S.L., Madrid, 2003. Esta dogmática que sostiene la política criminal y modelo de intervención penal concuerda asimismo en el giro experimentado, de los años 80-90 al presente, en el pensamiento criminológico, donde se pasa de una posición dominante donde el delito aparece como producto de los órganos de control social a la actual en que se lo muestra fruto de la voluntad delincuente.

37 Javier DE LUCAS, “Inmigrantes, extraños a la comunidad, enemigos de ida y vuelta en la respuesta del Derecho a la inmigración”, en *Sociología del Derecho*, 2, 2004, p. 23-34. Vid. también Carlota SOLÉ, Sonia PARELLA, Amando ALARCÓN, Valeria BERGALLI y Francesc GIBERT, “El impacto de la inmigración en la sociedad receptora. El caso del sur de Europa”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 90, abril-junio 2000, p. 131-158.

38 Gianluigi PALOMBELLA, *L' autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2002.

39 Vid. Gianluigi PALOMBELLA, *Constitución y Soberanía. El sentido de la democracia constitucional (1997)*, trad. e introd. (“De la nostalgia civil: la soberanía popular”, p. XIII-XXIV) de J. Calvo González, Edit. Comares, Granada, 2000: “Si queremos mantener activa la fuerza de nuestras democracias constitucionales debemos reconocer el punto en que las constituciones se ligan a las democracias y en el que ante ellas se detienen, en el que la soberanía popular se liga a las constituciones y en el que ante ellas se detiene” (p. 140).

40 Luigi FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit.: “Tomare en serio los derechos significa hoy tener el valor de desvincularlos de la ciudadanía como “pertenencia” (a una comunidad estatal determinada) y de su carácter estatal [...] Ello significa admitir de forma realista que no existe, a largo plazo, más alternativa a las guerras y el terrorismo que la efectiva universalización de aquéllos, siendo cada vez más actual e ineludible el nexo entre derechos fundamentales y paz afirmado en el preámbulo de la Declaración universal de 1948, y que, por tanto, la presión de los excluidos sobre nuestro mundo privilegiado alcanzará formas de violencia incontrolada, a menos que nos obliguemos a remover sus causas, quitando a la ciudadanía su carácter de status privilegiado y garantizando a todos los mismos derechos, incluidas las libertades de residencia y de circulación” (p. 117-118).

5 FRAGILIDAD DE LOS DERECHOS, EN ADELANTE

Estamos en un tiempo en el que debemos asumir las realidades con sinceridad. En el tenso pulso a que esta época nos desafía, los derechos humanos aparecen como las piezas más frágiles del sistema jurídico moderno, y todo él se halla ahora bajo la presión de un embate durísimo, no sólo de un amago relativamente intimidatorio. El pasado más reciente los presentaba en términos de protección y amparo, como el refugio más primario en que guarecerse y asegurarse ante la inseguridad, para liberarnos del temor (y la miseria), desde el horror de un testimonio histórico que explicaba con crudeza las infrahumanas consecuencias acarreadas de su negligencia y omisión, y para evitar que jamás volvieran de nuevo a repetirse. Pero el riesgo nunca estuvo completamente eliminado ni quedó tampoco suprimido, por lo que la base de su evitación era fundamentalmente cautelar, precautoria. De ahí su fragilidad. Actuaban como balizas, y no tanto como baluartes, de la civilización contra la barbarie. Marcaban las zonas de peligro en que no debíamos introducirnos. Eran la señal de un *non plus ultra*; en adelante se abría un abismo devorador. Su reconocimiento era en realidad la celebración – esperanza en la memoria del horror⁴¹ de un *goal*, más no aún del *triunfo*.

En la nueva época que está frente a nosotros, como en cualquier otra precedente, las oportunidades son tantas todavía como tantas puedan ser también las ocasiones que se pierdan. A lo largo de las últimas décadas del siglo XX hay que contar como ocasión perdida algunos de los errores que entonces se cometieron. Pero también, como oportunidad bien aprovechada, el acierto que representó de la progresiva implantación de libertades individuales hasta lograr una Democracia plena en la gobernación de muchos países. No es buena solución olvidar los problemas pendientes de respuesta y es uno de los más grandes errores infravalorar cualquiera solución que el pasado nos ofrezca, como pueda serlo la que sobre la cultura política de Occidente ha ejercido el perfeccionamiento de los marcos jurídico-institucionales en materia de derechos. Al medir la experiencia de éxitos y fracasos, al igual que al calcular cuál pueda ser la expectativa de unos o de otros, el presente de la fragilidad devaluada de los derechos procede sobre todo de la forma en que estructuramos las respuestas, las soluciones.

Al contrario de cuanto sucedía en el ayer de la seguridad, donde el mundo de la libertad más segura era aquel que más valoraba la seguridad, en el de hoy el mundo de la libertad más segura será aquel que más valore la inseguridad.

Dependiendo de la estructura en las que formemos las respuestas así serán las que obtengamos. Nunca la respuesta de la Paz puede consistir la “pacificación” de quien la amenaza.

6 LA SEGURIDAD DE LA PAZ. DE FABULA DOCIT

La Humanidad pagó a altísimo precio, por dos veces en un mismo siglo, el coste de la desventurada negligencia y omisión de los derechos.

En la cultura de los Derechos durante la última mitad del siglo XX aún estaba vivo todo aquel sufrimiento. Los derechos simbolizaban una narrativa de trabajo; la del mítico sufrimiento de Sísifo. La enorme piedra, la que tantas veces escapó de nuestras manos rodando ladera abajo hasta el fondo del valle, había sido subida y encumbrada, tras un esfuerzo extremo, a lo más alto de la montaña. “Esa piedra era la Paz”, ha escrito Enzensberger.⁴² Alzada hasta la cima, un lugar tan expuesto, tan comprometido, tan arriesgado, era necesario preservarla. No pudimos arreglar otro socorro que un enmallado de cuerdas. La malla de los derechos. Pero esa atadura de cuerdas, como las que Ocnos trenzara, también la devora hoy un asno: el asno de la ignorancia, de la estulticia, de la intolerancia, de la venganza. Sin la sujeción que le prestaba aquella trama de delgados hilos de los derechos, la piedra que ahora se tambalea no ofrece suficiente estabilidad. Puede estar cerca de caer, terminar aplastándonos y hecha mil pedazos.

El peligro de una Paz sin derechos es “la paz de la seguridad”.

41 Vid. Reyes MATE, Memoria de Auschwitz. Actualidad moral y política, Edit. Trotta, Madrid, 2003.

42 Hans Magnus ENZENSBERGER, Perspectivas de guerra civil, trad. de M. Faber-Kaiser, Edit. Anagrama, Barcelona, 1994, p. 84.

REFERÊNCIAS

- AMERY, Carl. *Auschwitz ¿Comienza el siglo XXI? Hitler como precursor*, trad. de C. García Ohlrich, Turner/FCE, Madrid, 2002.
- ARENDET, Hannah. *Eichmann en Jerusalén (1963-1965)*, trad. de C. Ribalta, Edit. Lumen, Barcelona, 1999.
- BILBENY, Norbert. *El idiota moral. La banalidad del mal en el siglo XX*, Anagrama, Barcelona, 1993.
- CASSESE, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo (1988)*, trad. de A. Pentimalli Melacrino y B. Ribera de Madariaga, Edit. Ariel, Barcelona, 1991.
- G PORTILLA CONTRERAS. "EL derecho penal del enemigo", en *Mientras tanto*, 83, 2002.
- GAY, Peter. *La cultura de Weimar (1968)*, trad. de N. Catelli, Argos Vergara, Barcelona, 1984.
- GIDDENS, Anthony. *Consecuencias de la modernidad*, trad. de A. Lizón Ramón, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1993.
- HASSNER, Pierre. "La signification du 11 septembre. Divagations politico- philosophiques sur l'événement", en *Esprit*, 11, 2002.
- IGNATIEFF, Michael. *Los derechos humanos como política e idolatría*, introd. de A. Gutmann, coment. de K. A. Appiah et al., trad. de F. Beltrán Adell, Eds. Paidós Ibérica S.A., Barcelona, 2003.
- JASPERS, Karl. *El problema de la culpa, (1945-1946)*, trad. de R. Gutiérrez Cuartango e introd. de E. Garzón Valdés, Paidós-ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1998.
- KANT, Immanuel. *La paz perpetua (1795)* trad. de J. Abellán, Present. de A. Truyol y Serra, Edit. Tecnos, Madrid, 1985.
- KELSEN, Hans "Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus" (1928), en Hans KLECATSKI, René MARCIC, Herbert SCHAMBECK (eds.), *Die Wiener Rechtstheoretische*, Europa Verlag, Wien-Frankfurt-Zürich, 1968.
- MUÑOZ MOLINA, Antonio. *Ventanas de Manhattan*, Edit. Seix Barral S. A., Barcelona, 2004.
- MUÑOZ MOLINA, Antonio. "Ciudadanía, Culturas, Libertades", en *Extranjeros y Derecho penal*, Cuadernos de Derecho Judicial IV, 2003, CGPJ, Madrid, 2004.
- PALOMBELLA, Gianluigi. *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2002.
- PECES-BARBA, Gregorio. *El fundamento de los derechos humanos*, Edit. Debate, Madrid, 1989 y *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003.
- PECES-BARBA-Liborio, Gregori; HIERRO-Santiago ÍÑIGUEZ DE ONZONO- Ángel LLAMAS, *Derecho positivo de los Derechos humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1987, p. 274-280.
- RADBRUCH, Gustav. "Leyes que no son derecho y Derecho por encima de las leyes" (1946), en G. RADBRUCH, E. SCHMIDT. H. WENZEL, *Derecho injusto y Derecho nulo*, Edit. Aguilar, Madrid, 1971.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso. *La Justicia de la Guerra y de la Paz*, CEC, Madrid, 1988.
- SOLÉ, Carlota. Sonia PARELLA, Amando ALARCÓN, Valeria BERGALLI y Francesc GIBERT, "El impacto de la inmigración en la sociedad receptora. El caso del sur de Europa", en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 90, abril-junio 2000.
- ZWEIG, Stefan. *El mundo de ayer*. Memorias de un europeo, trad. de J. Fontcuberta y A. Orzeszek, El Acantilado, Barcelona, 2001

DA TRANSVERSÃO POLÍTICA DO JURÍDICO AO FLAGELO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A INCONTINENTE DESEFICACIZAÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS, NO APOGEU DOS 70 ANOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

FROM THE POLITICAL TRANSVERSION OF THE LEGAL TO THE FLAG OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW: THE INCONTINENT DISEASE OF CONSTITUTIONAL VALUES, IN THE APOSTLE OF THE 70 YEARS OF THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS

José Eduardo de Miranda¹

Andréa Corrêa Lima²

Resumo: O alargamento da atuação política do judiciário provoca a deseficacização dos valores constitucionais, afetando a estabilidade democrática no apogeu dos setenta anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. O ideário construído a partir da Constituição Federal de 1988, em busca da consolidação de um Estado Democrático de Direito, desvela o sentimento do período pós-ditatorial em restabelecer uma sociedade livre, justa, igualitária e fraterna, aos moldes preconizados pela DUDH de 1948. O poder soberano do Estado, alicerçado na atuação independente e harmônica dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, aliado ao restabelecimento de um regime de Direito, demonstra a intenção do constituinte conformar um novo cenário democrático. A preferência pelos desígnios de determinados grupos, em detrimento dos interesses de todos, desvirtua o poder estatal, desajustado em suas funções executivas, legislativas e judiciárias. O judiciário, *alma mater* na garantia dos direitos fundamentais, como ente integrante do poder político uno do Estado, desnatura-se ante sua preocupação puramente política. Para referendar a análise, utilizou-se da fenomenologia-hermenêutica heideggeriana, assentada na pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras chave: Valores Constitucionais. Politização do Jurídico. Direitos Humanos.

Abstract: *The extension of judicial policy leads to a definition of constitutional values, a democratic situation that is not at the height of the years of the Universal Declaration of Human Rights. The ideology of the Federal Constitution of 1988, in search of the consolidation of a Democratic State of Right, reveals the feeling of a post-dictatorial division in restoring a free, just, egalitarian and fraternal society, as advocated by the UDHR of 1948. Sovereignty of the State, based on its function and harmonious in its executive, legislative and judicial powers, is also a right to a democratic regime. The chance by groups of certain groups, to the detriment of the interests of all, distorts the state power, mismatched in its executive, legislative and judicial functions. The judiciary, the alma mater in the fundamental guarantee, as the member of the political power of the State, is denatured in the face of its purely political concern. To refer an analysis, use the heideggerian hermeneutic phenomenology, based on bibliographical and documentary research.*

Key words: Constitutional Values; Politicization of the Law; Human Rights.

1 Pós Doutor em Direito; Doutor em Direito cum laude acadêmica; Professor Pesquisador da Cátedra UNESCO de Formação Humana para América Latina, da Associação Internacional de Direito Cooperativo e do Instituto de Estudos Cooperativos, da Universidade de Deusto, em Bilbao, na Espanha; Professor Pesquisador da Cátedra Euro Americana de Proteção Jurídica dos Consumidores, adstrita à Faculdade de Direito da Universidade de Cantábria, em Santander, na Espanha; Professor em Cursos de Pós-graduação; Advogado parecerista, fundador de Miranda & Corrêa Lima: jemiranda@mirandacorrealima.com

2 Doutoranda em Direito; Mestra em Direito; Especialista em Direito Internacional; Professora em Cursos de Pós Graduação; Advogada, fundadora de Miranda & Corrêa Lima: andrea@mirandacorrealima.com

1 A TÍTULO DE INTRODUÇÃO: ENQUADRAMENTO SITUACIONAL-CIENTÍFICO IMPRESCINDÍVEL

A Idade Moderna, instituída por volta do século XVIII, surge como um período de confronto entre tradições e atitudes, que provocam um absoluto redimensionamento na forma de ser e estar da humanidade. Influenciado pelas concepções filosóficas do Renascimento e do Iluminismo, o homem moderno depara-se com a «ética da autonomia», suplanta o apego às convenções, aos costumes, às crenças, e sobrepuja percepções cosmológicas e teocêntricas que o faziam acreditar na origem divina dos reis³.

Forjado por um *novel* tipo de subjetividade, que o caracteriza como sujeito do conhecimento e da ação, o homem soterra a imagem da finitude. Ato contínuo, caminha ao encontro de sua emancipação, enquanto pessoa; conforma o sentido do Estado, como sociedade organizada; descobre a democracia, como regime político; e luta pelo reconhecimento dos direitos civis, políticos e sociais, conjugados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

Independentemente do espaço-tempo de positivação dos Direitos Humanos pelos países membros da ONU, o Brasil assinou seu efetivo reconhecimento em 1988, pela promulgação da vigente Constituição Federal. Nesse sentido, e vigilantes à exatidão formal dos preceitos constitucionais, acredita-se que a obstinação do Constituinte em positivar elementos delineadores da estrutura política de um Estado Democrático, pressupunha sua aspiração pelo alavancamento de um processo de consolidação do próprio Estado Democrático brasileiro, alicerçado sobre a atuação independente e harmônica dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário⁴.

Não obstante, nota-se, hoje, que o alargamento da idiosincrasia, por alguns interpretes da Constituição, culmina pela desnaturação da responsabilidade jurídica do Poder Judiciário, levando-o ao extrapolo de suas competências, provocando o que se chama de politização do jurídico, e instigando deduções sobre a «politicagem» no Judiciário. Por lamentoso, isto não é *fake News*: é o retrato verídico de uma traumática realidade, em que o Direito brasileiro é diariamente sabotado pela política, pela economia, e até pela moral⁵.

Justamente quando o século XXI caminha ao encontro do amadurecimento temporal, e o Brasil procura enaltecer a alacridade, pela celebração conjunta dos setenta anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, com os trinta anos de promulgação da Constituição Federal de 1988, a sociedade brasileira vive um período de hesitação. O marco axio-principiológico enaltecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, e incrustado no âmago da Constituição pátria, fenece gradativamente pela conspurcação da célula identitária das Instituições nacionais, provocando não apenas o perecimento agudo da «ideia» constitucional de democracia⁶, mas, sobretudo, a deseficacização dos valores constitucionais de liberdade, de segurança, de bem-estar, de desenvolvimento, de igualdade e de justiça.⁷

Se outrora expectou-se o alcance da liberdade e da igualdade, já não se sabe o que esperar daqui para diante!

O certo, e censurável, é que os brasileiros experimentam o seccionamento ideológico-interpretativo, pelo qual o País literalmente se divide entre uns e outros, defensores de bandeiras específicas, e adeptos de teses mirabolantes, entoadas para a sustentação de atos levados a termo por quem está

3 MIRANDA, José Eduardo de; CORRÊA LIMA, Andréa. Educación, formación humana y valores cooperativos: una propuesta de revitalización de las prácticas educativas brasileñas para el rescate del hombre social y fraterno. Deusto Estudios Cooperativos. Universidad de Deusto, Bilbao, n. 9, p. 87-107, 2017.

4 Conforme artigo 2º, da Constituição Federal.

5 Para o escudo de eventual insinuação que se está exagerando, remete-se o leitor às manchetes que são veiculadas pelos principais meios de veiculação de informação e notícias, do Brasil, sejam virtuais ou físicos.

6 E vê-se, agora mais do que nunca, que no Brasil a Democracia nunca passou de uma ideia!

7 Adota-se o termo deseficacização, no sentido soberano de tornar sem efeito prático.

legitimado para o exercício de um poder imperioso ao guarnecimento da democracia e da dignidade humana. O Poder Judiciário tem questionada sua autonomia, e seus exercentes, ou alguns deles, são objurgados pela dúvida acerca da impessoalidade e imparcialidade de suas decisões.

As dúvidas, as suspeitas, e as acusações, tornaram-se vedetes daqueles que apontam o dedo em haste, suscitando, não raras às vezes, o que se mostra melhor à defesa de seus próprios e pessoais interesses. Por isso, não se está aqui para subscrever um manifesto pessimista, ou um pronunciamento leviano, de caráter exagerado, teratológico, distante do menor cabide de cientificidade. Longe disso. A fluente proposta está enganchada, para não dizer «pendurada», nos estertores da fenomenologia-hermenêutica, e aspira, pela compreensão ontológica sobre o que passa na “pátria-Brasil”, elucidar se o enviesamento da responsabilidade política do Poder Judiciário corrompe, de um lado, a obstinação democrática vislumbrada pela Terra adorada, quando a Constituição foi promulgada, em 05 de outubro de 1988; e adultera, de outro, a eficácia dos valores imperiosos à credibilidade da «jus-ti-ça» e à estabilidade social.

Frisa-se, por isso, que “o método fenomenológico, enquanto método hermenêutico-linguístico, não se desliga da existência concreta, nem da carga pré-ontológica que na existência já vem sempre antecipada”⁸. A fenomenologia é suficiente para “indicar cómo mostrar y tratar lo que debe tratarse en ciencia. Ciencia «de» los fenómenos quiere decir: tal forma de aprehender sus objetos, que todo cuanto esté a discusión sobre ellos tiene que tratar-se mostrándolo directamente y demostrándolo directamente”⁹.

Como a fenomenologia é a forma demonstrativa do que deve ser tema da ontologia¹⁰, pretende-se, através deste trabalho, subtrair o ator jurídico da zona de conforto, para submetê-lo à reflexão profunda sobre fatos-feitos-fenômenos, que, na medida em que deslustram conquistas históricas, agridem a ordem jurídica-moral, e podem, no dia menos pensado, transformar o devaneio democrático num pesadelo sôfrego, de reversão traumática e imprevisível.

2 PELOS CAMINHOS DA MODERNIDADE: DA RACIONALIDADE HUMANA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No curso do pensamento medieval, o homem, alheio ao mundo e à sua própria condição de existência, esteve radicalmente apegado à ideia do divino. Posteriormente, quando ingressa na Idade Moderna, as ponderações filosóficas do Renascimento e do Iluminismo influenciam na conformação de um novo modelo de subjetividade, que permite-lhe o desprendimento do cordão teocêntrico que o mantinha preso a conceitos, tabus e explicações metafísicas. Assumindo-se como sujeito do conhecimento adquirido através da razão, indispensável à descoberta da autossuficiência subjetiva, o homem moderno regozija o florescimento da sua tenacidade emancipatória-racional.¹¹

Dentro desse novo perfil existencial, o homem moderno suplanta os limites da própria racionalidade, para transformar-se num ser pensante, livre do poder e da força da religião. Intuitivo, ou integrativo, descobre sua capacidade de entendimento, de compaixão e de relacionamento com seus comuns. “É nesse terreno, o da historicidade e da finitude, que vemos nascer novos discursos. É nesse contexto epistemológico que emergem figuras antes impossíveis de imaginar: a produção, a vida, a linguagem são novos objetos próprios da modernidade”¹².

8 STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico heideggeriano. In: HEIDEGGER, Martin. Sobre a essência do fundamento. A determinação do ser do ente segundo Leibniz. Hegel e os gregos. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1971, p. 14.

9 HEIDEGGER, Martin. Ser y tempo. Traducción de José Gaos. Barcelona: RBA, 2004, p. 79.

10 Ibid, p. 80.

11 MIRANDA; CORRÊA LIMA, 2017.

12 TERNES, José. Michel Foucault e o nascimento da modernidade. Tempo Social: Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 7(1-2), p. 45-52, 1995.

A modernidade amadurece com o propósito de emancipar o intelecto, permitindo que o homem desmistifique os mistérios da realidade, para exercer seu domínio sobre a natureza.¹³ Em nome da espontaneidade do pensamento, ou em benefício da essência humana como uma substância pensante, René Descartes advoga que todos os homens possuem idêntica aptidão para alcançar a verdade, por que todos possuem a razão, como forma natural que lhes confere a faculdade para distinguir o verdadeiro, do falso.¹⁴

Ser de seu tempo, e centro do universo, o homem recorre à organização de seu *locus*. Locke ressalta que o homem, com o propósito de evitar eventuais ameaças à liberdade e à igualdade que possui no estado natural, cria a sociedade política, “através de um contrato não entre governantes e governados, mas entre homens igualmente livres. O pacto social não criaria nenhum direito novo, que viesse a ser acrescentado aos direitos naturais”.¹⁵ Anota-se, sobre este aspecto, que:

O pacto seria apenas um acordo entre indivíduos, reunidos para empregar sua força coletiva na execução das leis naturais, renunciando a executá-las pelas mãos de cada um. Seu objetivo seria a preservação da vida, da liberdade e da propriedade, bem como reprimir as violações desses direitos naturais.¹⁶

Locke defende que o pacto social não impõe aos homens a necessidade de renunciarem seus direitos naturais em favor dos governantes. Além disso, a harmonia entre os homens estaria assegurada pelas leis que os juízes aplicariam no âmbito de uma sociedade política instituída pelo pacto social. Veemente, Locke acentua que, cada homem:

[...] consentindo com os outros em instituir um corpo político submetido a um único governo, se obriga diante de todos os membros daquela sociedade, a se submeter à decisão da maioria e a concordar com ela; do contrário, se ele permanecesse livre e regido como antes pelo estado de natureza, este pacto inicial, em que ele e os outros se incorporaram em uma sociedade, não significaria nada e não seria um pacto. Será que ele teria a aparência de um pacto? Que novo compromisso seria este, se o interessado não estava vinculado a outros decretos da sociedade além daqueles que ele achava que lhe convinha e nos quais realmente consentiu? Esta seria uma liberdade tão completa quanto a que ele ou qualquer outro possuía antes do pacto, no estado de natureza, em que nada o impede de consentir em uma decisão qualquer e de se submeter a ela, se lhe parecer conveniente.¹⁷

Ademais de rechaçar a submissão ao absolutismo, John Locke pugna tanto pelo vínculo instrumental entre governantes e governados, como pela preeminência dos direitos naturais sobre os governos opressivos. No âmbito da justiça, Locke adverte que o magistrado firma sua responsabilidade e exerce o poder de sua autoridade quando proporciona “o bem-estar, a preservação e a paz dos homens na sociedade que ele está defendendo, e assim apenas isso é e deve ser o padrão e a medida segundo os quais ele deve estabelecer e ajustar suas leis, o modelo e a estrutura de seu governo”.¹⁸

É prudente enfatizar o entendimento de Locke, no sentido de que em havendo possibilidade de uma coexistência pacífica, entre os homens, desnecessária seria a existência da política e dos magistrados, eis que a existência de ambos se justifica pela imperiosidade na defesa dos homens contra a fraude e

13 BACON, Francis. *Movum Organum*. Tradução de José Aluysio Reis de Andrade. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/norganum.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

14 DESCARTES, René. *Discurso del método: meditaciones metafísicas*. Traducción de Juan Gil Fernández. Barcelona: RBA, 2004.

15 LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda., 1999, p. 16.

16 LOCKE, 1999, p. 16.

17 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Disponível em: <http://www.xr.pro.br/if/locke-segundo_tratado_sobre_o_governo.pdf> Acesso em: 21 jun. 2018.

18 LOCKE, *Segundo tratado sobre o governo civil*, p. 4.

a violência. Dentro desta perspectiva, Locke sublinha que “a liberdade dos homens submetidos a um governo consiste em possuir uma regra permanente à qual deve obedecer, comum a todos os membros daquela sociedade e instituída pelo poder legislativo nela estabelecido”.¹⁹

Vigilante ao sentido e à importância do pacto social, não se pode ocultar que Rousseau defende que a fórmula adequada da «contratação» é aquela que viabiliza a defesa e a proteção dos «contratantes», ou pactuantes, e seus bens, sem que a união entre eles, ou de parte deles, e mesmo a ruptura parcial, ou total, fragilize a liberdade de cada um.²⁰ As disposições que configuram, ou afiguram o pacto social são determinadas pela própria natureza social-coletiva do contrato. Rousseau, então, assevera que mesmo as insignificantes alterações das disposições pactuais:

[...] las haría vanas y de nulo efecto; de suerte que, aunque no hayan sido acaso nunca formalmente enunciadas, son en todas partes las mismas, en todas partes tácitamente admitidas y reconocidas; hasta que, violado el pacto social, cada uno vuelve a sus primeros derechos y recupera su libertad natural, perdiendo la libertad convencional por la que renunció a aquella.²¹

Está em Rousseau a plêiade do «sentimento» ideal da democracia. Quer dizer: “cada persona pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y recibimos a cada miembro como parte indivisible del todo”²². A vontade geral, registre-se, não é a adição da vontade dos particulares. Alcança-se a incontestabilidade do pacto social e resguarda-se a solidez da estrutura do Estado quando a vontade da maioria é destinada à consecução do bem comum. Rousseau, então, alerta que:

[...] para que el pacto social no sea un formulario vano, implica tácitamente el compromiso, único que puede dar fuerza a los otros, de que el se niegue a obedecer a la voluntad general será obligado a ello por todo el cuerpo; lo cual significa otra cosa sino que se obligará a ser libre; pues tal es la condición de toda dependencia personal; condición que constituye el artificio y el funcionamiento de la máquina política y que es el único que hace legítimas las obligaciones civiles, las cuales serían, si esto, absurdas, tiránicas y expuestas a los más enormes abusos.²³

Somente assim encontra-se a plenitude da soberania. O governante instituído pelo contrato social é, em si mesmo, o próprio povo, como corpo uno que decreta a vontade e o interesse geral, cuja expressão está consolidada no preceito legal. A vontade do governante não é o governante propriamente dito. “A soberanía, o poder del cuerpo político sobre todos sus miembros, se confunde con la voluntad general, y sus caracteres son los mismos de esta voluntad: inalienable, indivisible, infalible, absoluta.”²⁴

A modernidade, salienta Habermas, “inventou o conceito de razão prática como faculdade subjetiva”.²⁵ Suplantando acepções aristotélicas, em benefício de premissas da filosofia do sujeito, a modernidade extrai do homem o seu apego ao juízo prático, subtraindo-o daquilo que Habermas denomina de «encarnações nas formas de vida culturais e nas ordens da vida política». Com isso, logrou-se “referir a razão prática à felicidade, entendida de modo individualista e à autonomia do indivíduo, moralmente

19 Ibid, p. 41.

20 ROUSSEAU, Jean-Jacques. El contrato social. Traducción de Consuelo Berges. Barcelona: RBA, 2004.

21 Ibid, p. 44.

22 ROUSSEAU, 2004, p. 17.

23 Ibid, p. 48.

24 ROUSSEAU, 2004, p. 17.

25 HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 17. V.1.

agudizada – à liberdade do homem tido como um sujeito privado, que também pode assumir os papéis de um membro da sociedade civil, do Estado e do mundo”.²⁶ Ainda, Habermas assenta que o projeto da modernidade que os filósofos do iluminismo ordenaram no transcurso do século XVIII:

[...] consiste num desenvolvimento implacável das ciências objetivas, das bases universalistas da moralidade e da lei e de uma arte autônoma consoante a lógica interna delas, constituindo ao mesmo tempo, porém, uma libertação dos potenciais cognitivos acumulados em decorrência de suas altas formas esotéricas e de sua utilização na práxis; isto é, na organização racional das condições de vida e das relações sociais.²⁷

Enquanto desvenda os descaminhos de sua capacidade racional e expande-se em conhecimento, arte e ciência, o homem busca a redenção do seu eu-humano-livre-no-mundo frente às reminiscências, o despotismo e a sagacidade que foram impetradas em larga escala pelo poder religioso. Este novo feito de ser e existir estende-se à reconfiguração da imagem de essencialidade do Estado Democrático de Direito, à conceituação de lei e ao significado de Constituição.

2 PARA NÃO OLVIDAR-SE O SENTIDO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

O contributo da modernidade para a consolidação de um ideal de progresso, pautado na exaltação da racionalidade humana e na fundamentação da ciência, pouco a pouco se torna obscurecido pelos contornos que o próprio homem aporta à sua realidade, a partir da expansão do conhecimento, da imersão científica e de um entendimento de que a tecnologia pode colocar-se à disposição da busca desenfreada pelo poder de uns sobre outros.

Nesse aspecto, Romano Guardini salienta que a ideia central dos tempos modernos fundamenta as normas da ciência voltadas para o bem estar do homem. Diante desse discurso, ocultou-se, uma e outra vez, barbáries produzidas pela ausência completa de escrúpulos, no intuito de alcançar o poder²⁸. Guardini revela, ademais, que:

O homem sabe que, em última análise, o que está em jogo na técnica nem é a utilidade nem o bem estar, mas o domínio; domínio no sentido mais extremo da palavra que se exprime numa nova forma do mundo. Procura compreender os elementos da natureza e da existência humana. Isto significa possibilidades insuspeitadas de construir, mas também de destruir, sobretudo quando se trata da natureza humana, muito menos fixa e segura de si do que se pensa geralmente. Perigo absoluto também, que cresce até ao imensurável, de ser o Estado anónimo quem realiza esse domínio. Assim a relação com a natureza traz o carácter de uma decisão extrema: ou o homem consegue realizar correctamente a obra de dominação e então esta será imensa - ou tudo estará acabado.²⁹

É saliente que a modernidade reverbera um autonomismo humano, que de uma ou de outra forma gera uma espécie de cegueira coletiva, traduzida pela crença vazia e estagnada de uma nova perspectiva de vida, decorrente da possibilidade de desfrutar livremente do poder, e sentir-se seguro com ele. Esse apego à «pseudo» liberdade-segurança geradas pelo poder, oprime, não raras às vezes, o dimensionamento sobre os reflexos que os avanços científicos e tecnológicos, e os «signos» ocultos sob uma representatividade política, provocam na condição humana das «gentes do mundo».

26 HABERMAS, 1997, p. 17.

27 HABERMAS, Jürgen. O discurso filosófico da modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 77.

28 GUARDINI, Romano. O fim dos tempos modernos. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1964.

29 Ibid, p. 78-79.

As atrocidades praticadas durante a Segunda Guerra Mundial revelam até onde o homem é capaz de ir, aliando o conhecimento, ciência e tecnologia, a discursos políticos progressistas, revestidos de um ufanismo insólito, fruto da malversação da racionalidade humana, e do desvirtuamento da consciência do eu-no-mundo.

A modernidade buscou, em sua profundidade, resilir a equação poder-pessoa, em especial aquela advinda do soberano ou do divino. Porém, em linhas gerais, relegou à pessoalidade a condição de mera subjetividade, de reafirmação de valores, sem um norte de retenção, ou de horizonte dos juízos reafirmados. Como bem afixa Rein Staal, “o poder lançou sua sombra sobre o homem, por meio de instituições impessoais e processos que seguiam a sua própria lógica desalmada. Não há ser que não tenha um mestre”³⁰, e o poder demoníaco preencheu o vácuo deixado pelo eclipse da responsabilidade pessoal.

É justamente neste contexto de necessário resgate e valorização da condição humana, e de limitação do poder do homem, que a comunidade internacional, todavia traumatizada pelas sequelas intransponíveis da guerra, conjuga seus esforços para redigir uma carta suprema que defina os princípios norteadores de pacificação mundial e de defesa dos direitos humanos.

Após intenso debate, países de todas as regiões do mundo, detentores de características socioculturais distintas, vivificadas num marco político-jurídico-nacional diferenciado, dedicaram-se à elaboração de um documento que assegurasse o compromisso internacional pelo reconhecimento e garantia dos direitos e liberdades de todos os homens. Assim, aclamaram, na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, por meio da Resolução 217 A (III).

Sobre este aspecto, Austregésilo de Athayde, representante da Delegação brasileira que atuou na elaboração do texto da DUDH, convencido da nova era de liberdade e justiça ofertada à humanidade, adverte, em discurso proferido perante a Assembleia da ONU, que:

Se nosso trabalho resultasse de uma imposição qualquer e não fosse de uma cooperação intelectual e moral das nações, não estaria evidentemente à altura de nossas responsabilidades, nem responderia ao espírito de compreensão universal que é a própria base de nossa organização internacional. A sua força vem precisamente da diversidade de pensamento, de cultura e de concepção de vida de cada representante. Unidos formamos a grande comunidade do mundo e é exatamente dessa união que decorre a nossa autoridade moral e política.³¹

Diante da força expressa pela DUDH, reconhece-se o imprescindível soerguimento de sociedades democráticas, que compreendam “[...] que é essencial à proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão.”³² Salienta-se, por corolário, que esse entendimento tem o reforço do parágrafo 3º, do Art. 21, da Declaração, definitivo no sentido de que “a vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos.”

Longe de qualquer intuito pelo exagero ilustrativo, mostra-se prudente assinalar que, pelo rigor da DUDH, todos os atos derivados do exercício de poder, de qualquer autoridade pública, devem estar em consonância com a vontade do povo e com os valores expressos na Declaração, conforme bem estabelece o preâmbulo do documento declaratório:

30 STAAL, Rein. A história esquecida da pós-modernidade. First Things (dezembro de 2008). Tradução de Grace Guimarães Mosquera. Revista *Dicta e Contradicta*. Disponível em: <<http://www.dicta.com.br/edicoes/edicao-3/a-historia-esquecida-da-pos-modernidade/>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

31 ATHAYDE, Austregésilo de. Discurso pronunciado na Assembleia Plenária da ONU, Paris, 10 de Dez. 1948. Disponível em: <<https://ajonu.org/2012/10/17/austregesilo-de-athayde-e-sua-fundamental-importancia-aos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

32 Ibid.

[...] a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efectivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição.³³

A Declaração Universal dos Direitos Humanos aponta, dessa forma, para a necessidade de uma educação para os direitos humanos. Não uma educação no sentido formal, escolar ou acadêmico. Mas aquela educação que, ao promover um exercício de ponderação, contagie os indivíduos de cada país sobre a propriedade dos direitos que são inerentes à condição da pessoa humana como um todo, e não restrita a um grupo, a uma bandeira ou a um partido.

Por este caminho elucidativo, a Declaração aponta à construção de um novo Estado Democrático de Direito, que não resulte exclusivamente da «vontade do povo», mas, sobretudo, da vontade do povo que é concatenada na base de valores convergentes com a afirmação e defesa dos direitos humanos, como os valores de igualdade e de liberdade.

Bobbio, com maestria, lembra que:

[...] a linguagem política moderna conhece também o significado de democracia como o regime caracterizado pelos fins ou valores, em direção aos quais um determinado grupo político tende e opera. O princípio destes fins ou valores, adotado para distinguir não mais apenas formalmente, mas, também, conteudisticamente, um regime democrático de um regime não democrático, é a igualdade, não a igualdade jurídica introduzida nas Constituições liberais, mesmo quando estas não eram formalmente democráticas, mas a igualdade social e econômica (ao menos em parte).³⁴

Defende-se, de tal modo, que são os ideais de liberdade, e de igualdade social e econômica, provenientes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que arrimam a existência do Estado Democrático de Direito, cuja solidez não pode ser maculada por ato peremptório, de um ou de outro Poder estatal, transgressor do que o Art. 29, da DUDH denomina como “justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática”³⁵.

3 A PLATAFORMA DE SUSTENTAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO

Não é demais aduzir que o Estado de Direito é alicerçado sobre uma superfície principiológica, dimensionada pela acepção de soberania nacional; de separação, autonomia e independência dos poderes; e de supremacia constitucional. A Constituição, conseqüentemente, apresenta-se como uma ordenação sistemática da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se estrutura o poder político e se asseguram os direitos fundamentais.

O Direito, por seu turno, afigura-se como “um instrumento de transformação social, e não como obstáculo às mudanças sociais”³⁶. De acordo com Streck, “os textos constitucionais passam a conter as possibilidades de resgate das promessas da modernidade, situação que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em que o welfare state não passou de uma simulação”³⁷

33 ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

34 BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 157.

35 ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

36 STRECK, Lenio Luiz. Hemenética Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 235.

37 _____. Hermenêutica, Constituição e autonomia do direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Estado (RECHTD). 1 (1):65-77 janeiro-junho 2009, p. 66.

Dentre as promessas da modernidade, a democracia exsurge, segundo Pontes de Miranda, como “forma de criação da ordem estatal, ou de parte dela; processo ou método para se decidir (mediante referendo ou em reunião do povo mesmo), ou para se escolherem chefes, legisladores, juizes, executantes”.³⁸ Sob este talante, a vazão democrática como baldrame de um regime político, configura-se através da participação popular ajustada a partir de uma conjuntura organizacional do Estado, apta para preservar o equilíbrio entre os Poderes, a ordem pública e a salvaguarda da materialidade dos direitos fundamentais.

Nessa linha, “a democratização social, fruto das políticas do *Welfare State*, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem à luz Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais.”³⁹ Este fenômeno provoca a redefinição do relacionamento entre os Poderes do Estado, estendendo ao Poder Judiciário a «legitimidade» de participar do locus político, pois, segundo Streck:

[...] o *Welfare State* lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica.⁴⁰

No Brasil, o ideal democrático foi alimentado pela Constituição Federal de 1988, surgida como a mais cidadã de todos os textos constitucionais conhecidos no decorrer da história do país. O Estado Democrático brasileiro supera as adversidades acontecidas na época totalitária, e conforma-se dentro de uma suposta e figurada «desassociação» dos seus Poderes. Harmônicos entre si, os Poderes do Estado são independentes e autônomos. Executivo, Legislativo e Judiciário, perfazem as alavancas de sustentação do «edifício estatal», por onde deve transitar sua população, revitalizada pela expectativa de segurança e garantia dos direitos fundamentais indispensáveis ao alcance das condições de existência digna, tal e qual foram preconizados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

É em razão dessa particularidade que se busca na ontologia fundamental de Heidegger a «evidência» que impulsiona a busca pela recuperação do esquecido, de encontrar-se o perdido, de enxergar-se o simples. Não se pode rechaçar que “a resposta ao questionamento do «quem» é o ser-aí cotidiano é obtida ao analisarmos o estilo de ser no qual, de imediato e em geral, o ser-aí se mantém.”⁴¹ Heidegger especifica que:

El «ser en el mundo» del «ser ahí» se ha dispersado y hasta despedazado en cada caso ya, con su facticidad, en determinados modos del «ser en». La multiplicidad de tales modos del «ser en» puede mostrarse por vía de ejemplo con la siguiente enumeración: tener que ver con algo, producir algo, encargarse y cuidar de algo, emplear algo, abandonar y dejar que se pierda algo, emprender, imponer, examinar, indagar, considerar, exponer, definir...⁴²

Capital, portanto, editar que as mazelas experienciadas pela sociedade brasileira, no período ditatorial, forjaram a construção de um interesse político comum, voltado ao estabelecimento de uma genuína vontade geral, que expressa valores e princípios supremos insculpidos no texto da Constituição Federal de 1988. Consequentemente, a separação, a autonomia e a independência dos Poderes do Estado, textualizadas no âmago da Constituição, inspiram a expectativa de realização do espírito democrático como o novo nirvana social. A igualdade, a liberdade e a dignidade, sonhos de antanho, apresentaram-se aos brasileiros como valores que orientam a garantia e a caução dos direitos fundamentais.

38 MIRANDA, Pontes de. Democracia, liberdade, igualdade. Campinas, Bookseller, 2002, p. 50.

39 STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 147.

40 Ibidem.

41 HEIDEGGER, Martin. Todos nós... ninguém: um enfoque fenomenológico do social. Tradução de Dulce Mara Critelli. São Paulo: Editora Moraes, 1981, p. 32

42 HEIDEGGER, 2004, p. 110.

4. ENTRE A TRANSVERSÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO, O FLAGELO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A DESEFICACIZAÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS

O cenário formal da constitucionalidade brasileira revela-se próprio à realização do devaneio democrático. Ademais, o Poder Judiciário sustenta a espada para a defesa dos direitos fundamentais e para a prevalência da justiça, através do escudo e cumprimento do que determina a Constituição. Ocorre, no entanto, que entre o dito e o não dito, aquele interesse político comum que alimentou a atuação do constituinte, feneceu diante dos interesses setorizados da sociedade.

No cenário democrático instituído no Brasil, ou «re-ins-ti-tu-í-do», a vontade de alguns começou a prevalecer sobre o interesse geral, corrompendo a noção de bem comum. Ainda que convergente no sentido de estabelecer uma unidade nacional mais fraterna, a vontade política nacional, de forma diametralmente oposta ao presságio democrático, jamais deixou de divergir na condução de seus interesses, acalorando o levante das formas, a busca das fontes e a prática de atitudes adequadas ao destino político mais apropriado ao ajuste das necessidades setoriais de seu grupo, sejam elas de ordem econômica, religiosa ou social.

Desse modo, o cotidiano, e não os conceitos⁴³, nem os princípios, e muito menos as leis, desvelam problemas protuberantes que fragilizam a estrutura de separação, independência e autonomia dos Poderes do Estado, combalindo materialmente a noção democrática. Assim sendo, olha-se atrás, sistematiza-se o prenúncio constitucional, e pondera-se sobre aquele «desejo» de consolidar um Estado Democrático de Direito, emergente de um contexto pós-ditatorial, procurando atender aos anseios de uma sociedade oprimida por anos a fio, necessitada de uma via de efetivação dos direitos humanos, enaltecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, para garantir não apenas a liberdade e a igualdade dos indivíduos, mas promover a dignidade humana, por meio de uma sociedade mais justa e fraterna.

É por esta razão que perdura, desde 1988, uma luta renitente de ajustes políticos, que confrontam de forma permanente os valores e princípios constitucionais, enfraquecem o poder estatal e fragilizam o entorno social. As funções executivas, legislativas e judiciárias, que deveriam resguardar o poder político da sociedade brasileira, ou seja, o soberano na concepção de Rousseau⁴⁴, corrompem-se diante da premiação dos interesses de um, ou de outro grupo, em detrimento daquilo que interessa a sociedade como um todo.

Por meio da «politicagem», entenda-se esta como as «ações políticas desenvolvidas em prol dos interesses de uma parcela de particulares», esquecem-se da responsabilidade essencialmente política, inerente a cada função estatal, que representa, na sua integralidade, o poder político e uno do próprio Estado.

O Judiciário, como força integrante desse poder estatal, carece de assumir a sua responsabilidade-natureza política, para, por meio de sua atividade jurisdicional (que não é apenas de buscar dirimir conflitos), efetivamente salvaguardar os valores e princípios constitucionais, de modo a colaborar na efetiva construção e consagração de um Estado verdadeiramente democrático. Streck, em lição sobre o redimensionamento da tradicional, ou clássica, relação entre os Poderes do Estado, esclarece que o Judiciário surge “como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais.”⁴⁵

43 HEIDEGGER, 1981.

44 ROUSSEAU, 2004.

45 STRECK, p. 141.

Tem-se, destarte, que sobrelevar a necessidade de um exercício político do Poder Judiciário, sem que a politicagem esteja no coração de sua atuação jurisdicional. Não se pode olvidar que “o juiz não aplica a lei apenas in concreto, senão que colabora ele mesmo, através de sua sentença, no desenvolvimento do direito (direito de juiz)”⁴⁶. É necessário resguardar-se a certeza de que “nosso saber acerca do direito e dos costumes sempre será complementado a partir de cada caso particular, sim, será até mesmo determinado produtivamente”⁴⁷.

Hodiernamente, ao longo das passarelas por onde transitam os exercentes da ciência jurídica, a mesma dos singulares aplicadores do direito positivo, deduz-se conhecer a função do Poder Judiciário e a atribuição do juízo, “sobretudo a partir da jurisprudência, campo em que o desempenho jurídico complementar da ‘hermenêutica’ reside justamente em promover a concreção do direito”⁴⁸. Ocorre que a cisão fenomenológica que atualmente paira sobre dimensões sócio-política-econômica do Estado brasileiro, que são intercambiáveis com a dimensão autônoma do próprio Direito⁴⁹, leva ao questionamento sobre a efetividade do papel do Poder Judiciário como guardião e cumpridor dos preceitos constitucionais, inerentes à preservação dos valores que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito.

A despeito de defender-se que o Poder Judiciário possui responsabilidade política, inerente à sua condição funcional de Poder do Estado, a Constituição, hoje, fragiliza-se diante dos interesses políticos, e falece como “instância da autonomia do Direito para limitar a transformação das relações jurídico-institucionais em um constante estado de exceção. Disso tudo, é possível dizer que, tanto o velho discricionarismo positivista, quanto o pragmatismo fundado no declínio do direito, têm algo em comum: o déficit democrático”⁵⁰, a adulteração das cláusulas democráticas imantadas⁵¹ pela Constituição de 1988, e a deseficacização dos valores constitucionais.

5 ALENTO FINAL: PARA NÃO DIZER QUE NÃO SE FALOU DAS FLORES...

Do sonho pós-ditadura, da excitação pré-democracia, vive-se, no Brasil, o pesadelo da incerteza, e da nebulosidade, que adejam pelos descaminhos dos incongruentes desvios de competência daqueles que incorporam a responsabilidade pela execução dos Poderes do Estado. O Executivo, o Legislativo e o Judiciário, emaranham-se por excessos e omissões pecaminosas, que afetam à integridade moral do Estado Democrático brasileiro.

Enquanto a liberdade e a igualdade enfatizadas pelos prolegômenos constitucionais, no exato estridor que a DUDH lhes deu como vindicações da moral, da ordem pública e do bem-estar presumíveis no seio de uma sociedade democrática, desfalecem sob o teto de vidro das Instituições que sobrelevam interesses específicos, de grupos determinados; a modernidade, já intuída como pós-moderna, contempla brasileiros de um lado, vociferarem contra o golpe, e brasileiros de outro, gritarem colericamente pela intervenção militar.

De uma ou de outra forma, e seja por qual dos bramidos que se observe a postura nacional, não se pode desprezar que o bem estar da sociedade brasileira está comprometido, e o marco axiológico da Constituição encontra-se rasgado. O desrespeito aos matizes da Constituição, pelo desenfreio na dis-

46 GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, p. 88.

47 GADAMER, p. 87.

48 Ibid, p. 87.

49 STRECK, 2009, p. 74.

50 Idem, p. 75.

51 KANT, Immanuel. Crítica de la razón pura. Traducción de Pedro Ribas. Madrid: Cayfosa-Quebecor, 2004.

torção, ou na extensão semântica de preceitos constitucionais determinantes do escudo de direitos que são de todos, e não somente de um, ou de alguns, e devem guarnecer a «vontade do povo», corrompem a probidade dos Poderes do Estado, profanando a acuidade do Poder Judiciário como defensor da Constituição, e garantidor dos Direitos Fundamentais.

Por isto, e malgrado o mundo se encontre a festejar os setenta anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os juristas, os acadêmicos, e todos os cidadãos brasileiros não podem silenciar às situações políticas, e as atitudes das autoridades nacionais, que abalam a estabilidade dos Poderes do Estado brasileiro, contaminando a perspectiva de efetividade dos valores constitucionais que amparam, ou deveriam amparar, os Direitos Humanos pronunciados em 1948, pela ação co-operativa da comunidade internacional, que abnegou os excessos dos Estados que priorizavam interesses limitados de uma fração de indivíduos, em detrimento dos direitos de todas as pessoas.

Se o Brasil não está na iminência de combalir a constância e continuidade da químera democrática, os brasileiros encontram-se imbuídos na busca desajustada pela glorificação de verdades que não são suas, mas massificaram-se pela proeminência de conformação de um Poder antagônico à essência do contrato social, que previa, como regra maior, preservar a vida, a liberdade e a igualdade, reprimindo todo e qualquer tipo de violação dos direitos naturais que afetem a dignidade humana, seja na ordem material, profissional, afetiva, espiritual...

Assim sendo, é imperioso não olvidar-se que, independente da autonomia e independência dos Poderes do Estado, a prática jurisdicional, e o exercício da função e da responsabilidade política do Poder Judiciário, necessária à própria garantia dos Direitos Fundamentais, não pode ser convertida em atuação politiquera que determina não a politização do que é jurídico, mas a transfiguração da liberdade, da igualdade e da dignidade em atributos limitados para a satisfação dos direitos-desejos de uns poucos.

No exercício de defender a Constituição, e assegurar a efetividade dos Direitos Fundamentais para todos os brasileiros, o Poder Judiciário não deve, ou não pode, omitir-se ao significado que cada cidadão aporta à contumácia da Democracia, e como cada qual interfere na relação do «ser aí» com o «ser no mundo».

Muito além de verberarem-se teses rotulantes, que acirram acusações recíprocas, os grupos devem se unir no processo de instituição de uma base diferenciada para a sofisticada interpretação do Direito e da ação política do Poder Judiciário, indispensável à conformação técnica-científica de novos juristas, aptos à superação do tradicional “paradigma metafísico”⁵² de interpretação jurídica.

Recorde-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos perfaz um documento unificador, de agregação, impossível de ser rechaçado mesmo por um Estado que possui uma Constituição balzaquina, que foi pensada, enaltecida e promulgada para preponderar a igualdade e a liberdade, com respeito às diferenças, impossíveis de serem extirpadas da condição humana individual de cada pessoa que perfaz o coletivo social.

Como nos tempos prévios à consagração da «Constituição Cidadã», ainda “caminhamos, cantamos e seguimos a canção... Somos todos iguais, braços dados ou não, e andamos pelas escolas, ruas, campos e construções, caminhando, cantando e seguindo a canção...”⁵³.

É hora de resgatar-se a estabilidade sensorial-cívica, para soerguer-se o juízo do valor da nação brasileira, e, assim, examinar-se cautelosamente o sentido da responsabilidade e das funções do Poder Judiciário, definindo-se os limites de sua atuação política, dentro da perspectiva de sua função de defensor dos preceitos que configuram o Estado Democrático de Direito, indispensáveis à efetivação dos valores constitucionais.

52 STRECK, 2009, p. 77.

53 VANDRÉ, Geraldo. Para não dizer que não falei de flores. Disponível em: <<https://www.culturagenial.com>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

Este é o grande “desafio hermenêutico”⁵⁴ posto aos juristas do século XXI, que precisam, acima de qualquer interpretação-aplicação corrosiva do direito positivo, compreender a pertinência material do texto constitucional, o que farão, somente, quando apropriarem-se da responsabilidade de “abrir uma nova clareira (Lichtung) no Direito, des-ocultar caminhos, des-cobrir as sendas que foram encobertas pelo positivismo[...]!”⁵⁵.

Se assim não for, as flores perecerão.

REFERÊNCIAS

- ATHAYDE, Austregésilo de. **Discurso pronunciado na Assembleia Plenária da ONU, Paris, 10 de Dezembro de 1948**. Disponível em: <<https://ajonu.org/2012/10/17/austregesilo-de-athayde-e-sua-fundamental-importancia-aos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 27 jun. 2018.
- BACON, Francis. **Movum Organum**. Tradução de José Aluísio Reis de Andrade. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/norganum.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2018.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2005.
- BRASIL. 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 06 jun. 2018.
- DESCARTES, René. **Discurso del método: meditaciones metafísicas**. Traducción de Juan Gil Fernández. Barcelona: RBA, 2004.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.
- GUARDINI, Romano. **O fim dos tempos modernos**. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1964.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.v.1
- _____. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HEIDEGGER, Martin. **Todos nós... ninguém: um enfoque fenomenológico do social**. Tradução de Dulce Mara Critelli. São Paulo: Editora Moraes, 1981.
- _____. **Ser y tempo**. Traducción de José Gaos. Barcelona: RBA, 2004.
- KANT, Immanuel. **Crítica de la razón pura**. Traducción de Pedro Ribas. Madrid: Cayfosa-Quebecor, 2004.
- LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda., 1999.
- _____. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Disponível em: <http://www.xr.pro.br/if/locke-segundo_tratado_sobre_o_governo.pdf> Acesso em: 21 jun. 2018.
- Maximiano, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. RJ: Forense, 2001.
- MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**. Campinas, Bookseller, 2002.
- MIRANDA, José Eduardo de; CORRÊA LIMA, Andréa. **Educación, formación humana y valores cooperativos: una propuesta de revitalización de las prácticas educativas brasileñas para el rescate del hombre social y fraterno**. **Deusto Estudios Cooperativos**. Universidad de Deusto, Bilbao, n. 9, p. 87-107, 2017.

⁵⁴ Ibid, p. 77.

⁵⁵ STRECK, 2009, p. 77.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **El contrato social**. Traducción de Consuelo Berges. Barcelona: RBA, 2004.

STAAL, Rein. A história esquecida da pós-modernidade. First Things (dezembro de 2008). Tradução de Grace Guimarães Mosquera. **Revista Dicta e Contradicta**. Disponível em: <<http://www.dicta.com.br/edicoes/edicao-3/a-historia-esquecida-da-pos-modernidade/>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico heideggeriano. In: HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência do fundamento**. A determinação do ser do ente segundo Leibniz, Hegel e os gregos. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1971.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. Hermenêutica, constituição e autonomia do direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Estado (RECHTD)**. 1 (1), p.65-77 jan./jun. 2009.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TERNES, José. Michel Foucault e o nascimento da modernidade. **Tempo Social**: Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 7(1-2), p. 45-52, 1995.

VANDRÉ, Geraldo. **Para não dizer que não falei de flores**. Disponível em: <<https://www.culturagenial.com>>. Acesso em: 23 jun. 2018

A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS DEPOIS DO DECRETO Nº 9.175/2017

ORGAN DONATION AFTER DECREE Nº 9175/17

Júlio Moraes Oliveira¹

Resumo: O presente artigo tem por escopo analisar os aspectos jurídicos da doação de órgãos no Brasil, em especial depois da aprovação do Decreto n. 9.175/17, que regulamentou da Lei de doação de órgãos no País. Para tal desiderato, analisa-se as principais legislações que regulamentam o tema, bem como aspectos da bioética e do biodireito e as implicações legislativas da doação em vida e da doação após a morte.

Palavras-chave: Doação. Órgãos. Legislação.

Abstract: *The purpose of this article is to analyze the legal aspects of organ donation in Brazil, especially after the approval of Decree no. 9.175 / 17, which regulated the Law on donation of organs in the country. To this end, it analyzes the main legislation that regulates the subject, as well as aspects of bioethics and the bio-law and the legislative implications of donation in life and donation after death.*

Keywords: Donation. Organs. Legislation.

1 INTRODUÇÃO

Sendo parte integrante do corpo humano e, portanto, pertencente à categoria dos direitos da personalidade, a integridade física deve ser preservada como proteção da própria pessoa humana. Os direitos da personalidade são direitos subjetivos da pessoa humana capazes de garantir um mínimo necessário e fundamental à uma vida com dignidade.²

O transplante, também chamado de transplantação, nada mais é do que a transferência de células, tecidos e órgãos vivos com a finalidade de restabelecer uma função perdida de outro órgão, célula ou tecido, sendo desse modo, uma terapêutica que tem por finalidade a substituição de órgãos que perderam a sua função no organismo. Há, basicamente, dois tipos de transplantes: o autólogo, cujas células, tecidos ou órgãos são retirados da própria pessoa e implantados em um local diferente do corpo; e o alogênico, que compreende a retirada de material de outra pessoa (doador) para ser implantada no paciente (receptor).

1 Faculdade de Pará de Minas – Fapam. Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC (2011), Especialista em Advocacia Civil pela Escola de Pós-Graduação em Economia e Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas EPGE/FGV e EBAPE/FGV. (2007), Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC (2005). Membro da Comissão de Defesa do Consumidor - Seção Minas Gerais - OAB/MG. Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Membro Suplente do Conselho Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor – Comdecon - BH. Professor da FAPAM - Faculdade de Pará de Minas. Professor da Faculdade Asa de Brumadinho. Parecerista da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) Qualis B1, Parecerista da Revista Quaestio Iuris da Universidade do Estado Rio de Janeiro (UERJ) Qualis B1. Pesquisador com diversos artigos publicados em periódicos. Autor dos Livros: Curso de Direito do Consumidor Completo. 4. Ed.; Consumidor-Empresário: a defesa do finalismo mitigado. Advogado, com experiência em contencioso e consultivo, em direito civil, consumidor, empresarial e trabalhista.

2 OLIVEIRA, Julio Moraes. Direitos da Personalidade, Bioética e Biodireito: Uma Breve Introdução. Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global, v. 2, n. 1, Santa Maria, jan.-jun. 2013, p. 1-28.

Com o objetivo de estabelecer uma nomenclatura unificada no processo de doação e transplante, formou-se um grupo de *experts* da Organização Mundial da Saúde (OMS) e da *The Transplantation Society* (TTS) no ano de 2008. Existia a necessidade dessa unificação, pois os termos eram empregados com significados diferentes em cada país, tornando difíceis a avaliação e a comparação dos resultados e estatísticas.³

Ao contrário de outras modalidades de tratamento, o transplante de órgãos envolve, além do paciente e da equipe médica, uma terceira figura: o doador. Este é quem disponibiliza os órgãos e tecidos que darão aos receptores a possibilidade de tratamento, sendo, portanto, o elemento mais importante para o sucesso do processo de doação-transplante.

Para que exista a doação, as pessoas necessitam ser conscientizadas da importância do ato para a redução da mortalidade de uma série de doenças. Os órgãos para transplantes podem ser obtidos de doadores vivos ou falecidos. Em sua grande maioria as doações ocorrem em casos de morte encefálica, havendo também um crescente número, nos países desenvolvidos, de doadores em morte circulatória.

Desde o diagnóstico de morte encefálica até a efetiva realização do transplante são deslocados uma série de pessoas e órgãos que constituem uma complicada e delicada rede logística de captação, seleção, transporte e realização do transplante.

Recentemente, o Conselho Federal de Medicina (CFM) atualizou os critérios para a definição de morte encefálica, que agora poderá ser diagnosticada por mais especialistas, além do neurologista. Através da Resolução nº 2.173/17 que substitui a de nº 1.480/97 e atende o que determina a lei nº 9.434/97 e o decreto presidencial nº 9.175/17, que regulamentam o transplante de órgãos no Brasil.

Tendo em vista essa breve introdução, o que se pretende com o presente estudo é analisar os aspectos jurídicos da doação de órgãos no Brasil, seja em vida ou *post mortem*.

2 A HISTÓRIA DOS TRANSPLANTES E SUAS ESTATÍSTICAS

A idéia de transferir tecidos de um organismo a outro não é recente na história, afirma Maria Helena Diniz que trezentos anos antes de Cristo, a tradição chinesa apontava a troca de órgãos entre dois irmãos feita pelo médico Pien Chiao.⁴ Estudos arqueológicos feitos no Egito, na Grécia e na América Pré-colombiana apontam que houve a tentativa de transplantes de dentes.

Mas realmente, somente à partir do transplante realizado por Joseph Murray, em 23 de dezembro de 1954, o primeiro transplante de órgãos humanos bem sucedido no mundo, pode-se falar em transplante de órgãos como conhecemos nos dias atuais.

Mesmo depois de 64 anos de estudos e desenvolvimento dessas técnicas, o conhecimento da população a respeito do tema ainda é muito escasso. Essa falta de conhecimento é um fato gerador não só de desinteresse pelo assunto, mas também de preconceito e recusa na doação dos órgãos pelos familiares.

Mesmo com esse desconhecimento a respeito do assunto, em 2016, o Brasil registrou o maior número de doadores efetivos da história: foram 2.983 doadores o que representa uma taxa de 14,6 PMP (por milhão da população), 5% maior em comparação a 2015.⁵

3 GARCIA, Valter Duro; PACINI, Gabriel Sartori. Recomendações de Nomenclatura no processo de Doação e transplante. In: (Org.) GARCIA, Clotilde Druck; PEREIRA, Japão Dröse; GARCIA, Valter Duro. Doação e Transplante de órgãos e tecidos São Paulo: Segmento Farma, 2015. p. 23.

4 DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 5 ed. Rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 291.

5 BRASIL. Número de Brasileiros doadores de órgãos bate recorde em 2016. Dados fornecidos pelo Governo Federal. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2017/03/numero-de-brasileiros-doadores-de-orgaos-bate-recorde-em-2016>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

Dados da ABTO (Associação Brasileira de Transplante de órgãos) apontam que em 2013, por exemplo, 47% das famílias que tiveram um ente com morte encefálica recusaram o transplante. Esses mesmos dados, afirmam que o Brasil é trigésimo país em número de transplantes quando relacionados ao número de habitantes e o segundo país em números absolutos de transplantes, atrás apenas dos Estados Unidos. Mesmo assim, até 2013, a fila de espera por órgão foi de 24 mil pessoas.⁶

Afirma Maria Helena Diniz que o transplante de órgãos e tecidos, apesar de ser uma das mais notáveis conquistas científicas, apresenta ainda muitos obstáculos a serem vencidos pelos enormes problemas de natureza ético-jurídicas.⁷

Com efeito, o art. 13 do Código Civil disciplina que, salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Já o parágrafo único afirma que o ato previsto ali será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial. É o que se pretende analisar no presente trabalho.

3 DA DOAÇÃO EM VIDA

A doação de órgãos é um dos aspectos mais altruístas da vida em sociedade, seu caráter humanitário é incontestável e a maioria dos países a coloca como um dos principais aspectos de política de saúde pública.

No Brasil, os transplantes somente poderão ser realizados em pacientes com doença progressiva ou incapacitante e irreversível por outras técnicas terapêuticas. É permitida a doação no Brasil à doação entre pessoas vivas de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo, para fins terapêuticos ou para transplantes. Afirma o art. 29, do Decreto n. 9.175/17 que somente será permitida a doação quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos, células e partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e de sua saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável.

Na doação em vida, permite-se ao beneficiário escolher o receptor do órgão quando forem parentes na linha reta ou colateral de até 4º grau ou ao cônjuge ou companheiro, e nas outras hipóteses que não sejam parentes consanguíneos, é necessária uma autorização judicial, dispensada esta quando se tratar de medula óssea. Isso é o que dispõe os artigos 9º da Lei n. 9.434/97, e o artigo 27 do Decreto n. 9.175/18.

Anteriormente, era exigido ao médico, antes de realizar os transplantes entre vivos, o envio de um comunicado ao Promotor de Justiça da Comarca do domicílio do doador para apuração da sua licitude através de um procedimento investigatório. Todavia, com o advento do referido Decreto, foram revogados os artigos 20 e 25, II, Do Decreto n. 2.268/97, excluída, portanto, a intervenção ministerial.⁸

A retirada de órgãos só será permitida se corresponder a uma necessidade terapêutica, comprovadamente indispensável para a pessoa receptora e o doador vivo será prévia e obrigatoriamente esclarecido sobre as consequências e os riscos decorrentes da retirada do órgão, tecido, células ou parte do seu corpo para a doação. Esses esclarecimentos serão consignados em documento lavrado e lido na presença de duas testemunhas e o doador deverá especificar: o tecido, o órgão, a célula ou a parte do seu corpo que doar para transplante ou enxerto; o nome da pessoa beneficiada e a qualificação e o endereço dos envolvidos.

Nos casos em que a doação for feita a pessoas fora do círculo familiar autorizado pela lei, o Comitê de Bioética ou a Comissão de Ética do hospital onde se realizará a retirada e o transplante ou o enxerto emitirá parecer sobre o caso, nos termos do art. 29, § 5º, do referido Decreto.

⁶ BRASIL. Primeiro Transplante faz 50 anos e falta de diálogo dificulta a doação de órgãos. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-04/falta-de-dialogo-sobre-o-assunto-dificulta-doacao-de-orgaos>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

⁷ DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 5 ed. Ver., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 292.

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB. 16. ed. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 244.

A legislação também permite a doação de medula óssea de pessoa juridicamente incapaz entre seus consangüíneos, desde que sejam observadas: autorização expressa de ambos os pais ou de seus representantes legais, após serem esclarecidos sobre os riscos do ato; a necessidade de autorização judicial e quando o transplante não oferecer risco para a saúde do doador.

Antes do procedimento de doação o doador pode desistir a qualquer momento uma vez que a doação é um ato plenamente revogável a qualquer tempo.

Com relação às gestantes, estas não poderão doar órgãos, tecidos e partes de seu corpo, exceto medula óssea, desde que não haja risco para a sua saúde e a do embrião ou do feto. Já a doação de células progenitoras do sangue do cordão umbilical e placentário do nascituro é permitida desde que autorizada pela gestante. A doação de cordão umbilical é um dos tratamentos mais promissores da medicina da atualidade, a utilização das células tronco do cordão umbilical ajuda no tratamento de diversas doenças como vários tipos de leucemia e anemias graves.

Hoje ela pode ser feita para armazenamento próprio e para bancos públicos. Depois do parto, o cordão umbilical é pinçado (lacrado com uma pinça) e separado do bebê, cortando a ligação entre o bebê e a placenta. A quantidade de sangue (cerca de 70 – 100 ml) que permanece no cordão e na placenta é drenada para uma bolsa de coleta, as células-tronco são separadas e preparadas para o congelamento. Estas mesmas células podem permanecer congeladas por vários anos no Banco de Sangue de Cordão Umbilical e ficar disponíveis para serem transplantadas. A doação tem caráter sigiloso.

Nem todas as gestantes estão aptas a doar o cordão umbilical, os critérios médicos determinam uma faixa etária, entre 18 e 36 anos, que tenha realizado os exames pré-natais e que esteja com mais de 35 semanas de gravidez. Além disso, a gestante doadora não deve possuir histórico médico de doenças neoplásicas (câncer) e/ou hematológicas (anemias hereditárias, dentre outras).

A legislação brasileira permite também o chamado autotransplante, transplante autólogo ou autogênico que nada mais é do que usar células do próprio corpo do doador para curar doenças.

Com relação ao receptor, o decreto determina que o transplante ou enxerto somente será feito com seu consentimento expresso após ser alertado dos riscos do procedimento, nos termos do art. 32, do Decreto n. 9.175/17.

Nas hipóteses em que o receptor seja juridicamente incapaz ou esteja privado de meio de comunicação oral ou escrita, o consentimento para a realização do transplante será fornecido pelo cônjuge ou companheiro ou por parente consanguíneo ou afim, de maior idade e juridicamente capaz, na linha reta ou colateral, até o quarto grau, inclusive. Este documento deverá ser subscrito por duas testemunhas presentes na assinatura do termo.

Os estrangeiros que vierem a falecer em solo brasileiro poderão ser doadores de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano a eles as mesmas exigências referentes aos potenciais doadores brasileiros dos artigos 40 e seguintes do Decreto.

4 DA DOAÇÃO POST MORTEM

A doação presumida de órgãos e tecidos *post mortem*, mediante diagnóstico de morte encefálica, não mais existe no direito brasileiro por força da redação da Lei n. 10.211/01. De 1997 a 2001, a Lei n. 9.434/97 contou com a possibilidade de doação presumida de órgãos que constaria nos documentos de identidade. Tal mudança na legislação causou uma intensa polêmica na sociedade que produziu exatamente o medo e a desconfiança da população acerca do procedimento.

Hoje, na doação após a morte, os critérios legais são distintos. Em primeiro lugar, o Código Civil no seu artigo 14, afirma que “é válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.” Já o artigo 4º, da Lei n. 9.434/97, dispõe que “a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. Assim também determina o art. 20 do recente Decreto n. 9.175/18 ao externar que “a retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, após a morte, somente poderá ser realizada com o consentimento livre e esclarecido da família do falecido, consignado de forma expressa em termo específico de autorização.”

Como se percebe ocorre um aparente conflito de normas acerca da possibilidade de disposição do próprio corpo para depois da morte, inclusive nas situações de transplantes.

Esse conflito está diretamente relacionado ao princípio da autonomia privada que rege as relações jurídicas do cidadão. Não há uma unanimidade sobre o conceito de autonomia privada ou mesmo para alguns, autonomia da vontade. Segundo Perlingieri, a autonomia privada consiste no poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios.⁹

Já, César Fiuza afirma que para se falar em autonomia privada deve-se fazer um resgate histórico. Segundo o autor, a autonomia da vontade era um princípio de direito privado que facultava às pessoas total liberdade para contrair obrigações, para testar, casar e desquitar. Fundava-se na vontade livre, na liberdade de agir.¹⁰ Já a autonomia privada é uma evolução da autonomia da vontade, é a esfera de liberdade que as pessoas possuem no ordenamento jurídico. Difere da autonomia da vontade em que o contrato vem de dentro pra fora, na autonomia privada o contrato não vem exclusivamente de dentro, não é um fenômeno volitivo. A vontade é condicionada por fatores externos ou por necessidades.¹¹

Feita essa breve ponderação, é imperioso ressaltar que a doutrina, com base na autonomia privada tem afirmado que a vontade do doador, em vida, deve prevalecer sobre a vontade dos familiares em respeito ao princípio da autonomia privada.

Nesse sentido, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias concluem que, havendo manifestação de vontade do titular, ainda vivo, no sentido de ser ou não doador de órgãos, há de ser respeitada.¹²

É o que dispõe o Enunciado 277 da 4ª Jornada de Direito Civil, senão vejamos:

O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador.

Esse também o entendimento de Schreiber ao asseverar que exigir autorização de cônjuge ou parente, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte, é impor burocracia que dificulta ainda mais. Segundo o referido autor, tal interpretação subordina a autonomia corporal do indivíduo à vontade de terceiros, tratando-se de grave atentado ao valor constitucional dignidade das pessoas humana.¹³

⁹ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 338.

¹⁰ FIUZA, César. Dignidade humana, autonomia privada e direitos da personalidade. In: Autonomia Privada: Direitos da Personalidade. (Org.) Fiuza, César. Belo Horizonte: Dplácido Editora, 2015. p. 35.

¹¹ Idem. p. 44.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB. 16. ed. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 245.

¹³ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011. p. 47.

Esse parece ser o melhor entendimento acerca do tema, pois, se coaduna com a autonomia privada do paciente e se submete ao valor da dignidade da pessoa humana como principal objeto de proteção de os Estado. Mas, infelizmente, o legislador do Decreto n. 9.175/18, mesmo tendo a oportunidade de corrigir essa falha, manteve o posicionamento legislativo criticado.

Constatada a morte e a ausência de contraindicações clínicas conhecidas, caberá às equipes assistenciais do hospital onde se encontra o falecido prover o suporte terapêutico artificial, de forma a oferecer a melhor preservação *in situ* possível dos órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano até que a família decida sobre sua doação. A legislação ainda afirma que cabe à rede de procura e doação de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para transplante, sob a coordenação da CET (Central Estadual de Transplantes), e em consonância com as equipes assistenciais e transplantadoras, proceder ao planejamento, ao contingenciamento e à provisão dos recursos físicos e humanos, do transporte e dos demais insumos necessários à realização da cirurgia de retirada dos órgãos e dos demais enxertos.

É vedada a remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas.

Após a retirada de tecidos, órgãos e partes, o cadáver será imediatamente necropsiado, e em qualquer caso, condignamente recomposto para ser entregue, em seguida, aos parentes do morto ou seus responsáveis legais para sepultamento. O corpo será acompanhado do relatório com a descrição da cirurgia de retirada e dos eventuais procedimentos realizados e a documentação será anexada ao prontuário legal do doador, com cópia destinada à instituição responsável pela realização da necropsia, nos termos do art. 25 do Decreto. Ao doador de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano será dada a precedência para a realização da necropsia, imediatamente após a cirurgia de retirada.

5 SISTEMA NACIONAL DE TRANSPLANTES

O Sistema Nacional de Transplantes está previsto no Decreto n. 91.175/18, dos artigos 2º ao 10. São integrantes do Sistema Nacional de Transplantes (SNT): o Ministério da Saúde; as Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal; as Secretarias de Saúde dos Municípios; as Centrais Estaduais de Transplantes - CET; a Central Nacional de Transplantes - CNT; as estruturas especializadas integrantes da rede de procura e doação de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para transplantes; as estruturas especializadas no processamento para preservação *ex situ* de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para transplantes; os estabelecimentos de saúde transplantadores e as equipes especializadas; e a rede de serviços auxiliares específicos para a realização de transplantes.

O Sistema Nacional de Transplantes tem como atribuições principais a intervenção nas atividades de doação e transplante de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, a partir de doadores vivos ou falecidos, a identificação dos casos de morte encefálica e a determinação do destino de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano retirados para transplante em qualquer ponto do território nacional.

Ao Ministério da Saúde, dentre outras atribuições está a de prover e manter a Central Nacional de Transplantes de órgãos (CNT), bem como autorizar as Centrais Estaduais de Transplantes (CET). A CNT fica responsável por gerenciar as CET's bem como por alocar os órgãos e os tecidos retirados em conformidade com a lista única de espera de receptores, de forma a otimizar as condições técnicas de preservação, transporte e distribuição, considerados os critérios estabelecidos nas normas em vigor e com vistas a garantir o seu melhor aproveitamento e a equidade na sua destinação.

Os transplantes, os enxertos ou as retiradas de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano somente poderão ser realizados em estabelecimentos de saúde, públicos ou privados, por equipes especializadas, prévia e expressamente autorizados pelo órgão central do SNT.

6 CONCLUSÃO

Diante de todo exposto, conclui-se que o tema acerca dos transplantes de órgãos sempre foi um assunto bastante polêmico por envolver questões ético-jurídicas. O Brasil, visando evitar a comercialização desse direito da personalidade *extra commercium*, legislou a respeito do tema tratando dos principais aspectos éticos e práticos da doação de órgãos. Para isso, criou-se um Sistema Nacional de Transplantes que deve atuar de forma integrada para que os resultados sejam alcançados, uma vez que o transplante exige uma complexa logística e uma série de profissionais envolvidos para que se obtenha o resultado almejado. O novo Decreto n. 9.175/17 trouxe alguns avanços, mas manteve alguns pontos criticados pela doutrina como a manutenção da exigência do consentimento familiar para a retirada de órgãos de pessoas mortas.

Demonstrou-se que salvo melhor juízo, tal dispositivo ainda continua violando a autonomia privada do paciente e conseqüentemente a sua dignidade humana.

Mas mesmo com todo esse arcabouço jurídico, percebe-se que somente a legislação é incapaz de aumentar o altruísmo das pessoas e incentivar a doação de órgãos no Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Número de Brasileiros doadores de órgãos bate recorde em 2016**. Dados fornecidos pelo Governo Federal. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2017/03/numero-de-brasileiros-doadores-de-orgaos-bate-recorde-em-2016>>. Acesso em: 05 ar. 2018.

_____. **Primeiro Transplante faz 50 anos e falta de diálogo dificulta a doação de órgãos**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-04/falta-de-dialogo-sobre-o-assunto-dificulta-doacao-de-orgaos>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 5. ed. Rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB**. 16. ed. Salvador: Juspodivm. 2018.

FIUZA, César. Dignidade humana, autonomia privada e direitos da personalidade. In: **Autonomia Privada: Direitos da Personalidade**. (Org.) FIUZA, César. Belo Horizonte: Dplácido Editora, 2015.

GARCIA, Valter Duro; PACINI, Gabriel Sartori. **Recomendações de Nomenclatura no processo de Doação e transplante**. In: (Org.) GARCIA, Clotilde Druck; PEREIRA, Japão Dröse; GARCIA, Valter Duro. **Doação e Transplante de órgãos e tecidos**. São Paulo: Segmento Farma, 2015.

OLIVEIRA, Julio Moraes. **Direitos da Personalidade, Bioética e Biodireito: Uma Breve Introdução**. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, Santa Maria, v. 2, n. 1, jan.-jun. 2013, p. 1-28.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NA FRONTEIRA ENTRE DIREITO E ECONOMIA: A EFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL

HUMAN AND FUNDAMENTAL RIGHTS AT THE BORDER BETWEEN LAW AND ECONOMICS: THE EFFICIENCY OF HEALTH PUBLIC POLICIES IN BRAZIL

Marco Aurélio Souza da Silva¹

Resumo: O artigo aborda a importância da interdisciplinaridade entre direito e economia na concretização dos direitos constitucionais relacionados às políticas públicas de saúde no Brasil. Nas relações entre direito e economia, procura-se demonstrar as diversas possibilidades de contribuições da análise econômica para a gestão dos recursos públicos, especialmente em relação ao papel da eficiência no planejamento dos gastos estatais, na eleição das prioridades de alocação de recursos e na realização de políticas públicas de saúde. Partindo do método dedutivo, o objetivo do estudo é examinar alguns aspectos relevantes da teoria da análise econômica do direito que se relacionam com as políticas públicas de saúde. O debate é enriquecido com dados estatísticos do Banco Mundial e do Tribunal de Contas da União sobre a eficiência dos gastos com saúde e sua judicialização no Brasil. Conclui-se que os serviços públicos de saúde no país podem ser melhorados em quantidade e qualidade, desde que levados em consideração aspectos não apenas de efetividade, mas também de eficiência.

Palavras-chave: Direito e economia. Análise econômica do direito. Políticas públicas. Saúde. Eficiência.

Abstract: *The article discusses the importance of the interdisciplinarity between law and economics in the concretization of constitutional rights related to health public policies in Brazil. In the relations between law and economics, it is tried to demonstrate the diverse possibilities of contributions of the economic analysis to the management of public resources, especially in relation to the role of efficiency in the planning of the state expenses, in the election of the priorities of allocation of resources and in the realization of health public policies. Based on the deductive method, the objective of the study is to examine some relevant aspects of the theory of economic analysis of law that relate to health public policies. The debate is enriched with statistical data from the World Bank and the Tribunal de Contas da União on the efficiency of health spending and its judicialization in Brazil. It is concluded that health public services in the country can be improved in quantity and quality, taking into account aspects not only of effectiveness, but also of efficiency.*

Keywords: *Law and economics. Economic analysis of law. Public policies. Health. Efficiency.*

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Graduado em Medicina Veterinária pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Auditor Fiscal de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE/SC); Membro do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão para o Desenvolvimento (CEJEGD) do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ/UFSC); Membro associado da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). Florianópolis/SC, Brasil, e-mail: marcoaurelio_vet@yahoo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

No ano em que completa 30 anos de existência, a Constituição Federal de 1988 ainda é objeto de intenso debate quando se fala em efetividade e eficiência dos direitos sociais nela proclamados, especialmente em um país com enormes desigualdades sociais e em meio a crises econômica e política. Parece consenso, hoje, que as soluções para essa situação ultrapassam a fronteira do direito, já que a utilização do instrumental jurídico, isoladamente, não foi capaz de levar adiante os ditames constitucionais de um Estado democrático moldado há três décadas.

Na academia, de modo geral, há um movimento em direção à interdisciplinaridade, isto é, à necessidade de o direito romper suas fronteiras e interagir com outras áreas do conhecimento e, assim, iluminar os caminhos para concretização de uma sociedade verdadeiramente democrática. Uma das relações interdisciplinares que merece destaque nesse campo é aquela existente entre direito e economia, dada a possibilidade de enorme contribuição para o planejamento dos gastos públicos, a eleição das prioridades de alocação de recursos e a realização das políticas públicas, visando a atender ao maior interesse da sociedade e do desenvolvimento.

Entre os domínios do direito e da economia tem sido cada vez discutida a análise econômica do direito. Essa abordagem compreende diversas correntes, cujo propósito é o de utilizar uma metodologia científica que parte de pressupostos econômicos para a criação, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas, tendo em vista os seus efeitos sobre o comportamento dos indivíduos. Desse modo, o foco de estudo deixa de ser a causa para ser o resultado das ações individuais.

Para além de conceber o direito essencialmente como provedor de justiça, a análise econômica propõe que as leis e as decisões jurídicas funcionem como incentivos para modificar o comportamento dos indivíduos, a fim de que o Estado possa melhor atingir seu papel distributivo, de forma mais efetiva e eficiente. Muito embora a eficiência, no plano constitucional, tenha sido alçada à condição de princípio jurídico, é forçoso considerar o seu nítido conteúdo econômico. Daí a necessidade de também compreender a eficiência positivada na Constituição Federal e na legislação administrativa à luz da análise econômica do direito, como instrumental importante para auxiliar na administração dos recursos públicos, no desenvolvimento social e na concretização de direitos fundamentais sociais por meio das políticas públicas.

Entre os direitos fundamentais agasalhados pelas políticas públicas que deve ser analisado também sob a óptica da economia está o direito à saúde, tema de grande debate em razão da judicialização, dado o confronto entre a sua concretização e a escassez de recursos orçamentários. Essa questão faz emergir o problema de que os direitos têm custos e que, por isso, os recursos na sociedade devem ser geridos com eficiência, especialmente por parte da Administração Pública.

O objetivo do presente estudo é examinar a relação entre direito e economia e abordar alguns aspectos relevantes que a visão da análise econômica exerce sobre a interpretação jurídica das políticas públicas de saúde, com vistas a enriquecer o debate sobre os gastos públicos, tendo como pano de fundo as conclusões dos relatórios elaborados pelo Banco Mundial sobre a (in)eficiência dos gastos públicos em saúde no Brasil e pelo Tribunal de Contas da União acerca da judicialização.

O artigo é inicialmente estruturado com uma abordagem sobre a interdisciplinaridade entre direito e economia, seguido de uma incursão sobre o movimento da análise econômica do direito, destacando-se a sua metodologia para a tomada de decisão. Na sequência, são desenvolvidas as principais ideias acerca do papel da eficiência na análise econômica, assim como da proteção dos direitos humanos e fundamentais nas políticas públicas de saúde. Por fim, discute-se a eficiência dos gastos com políticas públicas de saúde e sua judicialização no Brasil, a partir dos dados extraídos dos relatórios do Banco Mundial e do Tribunal de Contas da União.

2 NA FRONTEIRA ENTRE DIREITO E ECONOMIA: O DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR

Em que pese a sua fundamental importância para a estruturação do Estado, a organização dos indivíduos e a convivência coletiva, o direito dá atualmente demonstrações de que a sua aplicação isolada não é capaz de solucionar todos os problemas de uma sociedade contemporânea, complexa e em contínuas transformações. Por isso, tem sido cada vez mais comum na academia observar o estudo do direito em um campo de interdisciplinaridade, dialogando com outras áreas do conhecimento, como ocorre, por exemplo, entre direito e psicanálise, direito e literatura, direito e criminologia, direito e filosofia ou direito e sociologia.

No campo interdisciplinar, merece ser enfatizada a relação entre direito e economia, norteadas pela aplicação dos conceitos e métodos econômicos ao estudo do direito. A análise da relação entre essas disciplinas não é recente, mas é de grande importância por diversos aspectos, notadamente pelo momento por que passa o país, com crise econômica, crise política, desorganização das contas públicas e precariedade na efetivação de direitos sociais.

Ao longo da história, houve momentos ou ondas de aproximação e de afastamento entre as áreas do direito e da economia. Schumpeter afirma que a origem comum das disciplinas remonta à ideia de direito natural desenvolvida pela escolástica medieval (Santo Tomás de Aquino) e pelos filósofos do direito natural do século XVII (Hugo Grotius, Thomas Hobbes, John Locke, Samuel von Pufendorf e Christian Wolff).² Nesse contexto, verifica-se que o desenvolvimento científico da interação entre as disciplinas foi edificado em torno da ideia de ordem natural e de construções abstratas.

Mackaay salienta que precursores do movimento integrativo entre direito e economia também podem ser encontrados no utilitarismo do século XVIII, entre os quais David Hume, Cesare Beccaria, Adam Smith e Jeremy Bentham. Tais pensadores, no entanto, apesar de realçarem a análise do comportamento humano como resultado de escolhas racionais e de custos e benefícios, não apresentaram um entendimento sistemático do direito a partir do modelo de escolha racional.³ Posner acrescenta que, especificamente em relação aos pensadores Smith⁴ e Bentham⁵, o campo de estudo que remonta ao primeiro diz respeito à análise econômica das leis que regulam mercados explícitos ou, ainda, leis que regulam o sistema econômico no sentido convencional, enquanto que aquele originado com Bentham se refere à análise econômica das leis que regulam o comportamento não comercial (*non-market*) (acidentes, crimes, casamento, poluição, processo político etc.).⁶

Em um magnífico estudo, Mackaay demonstra que a denominada “primeira onda” das relações entre direito e economia está compreendida entre 1830 e 1930, coincidindo com o surgimento da escola histórica alemã, que defendia a utilização da história como instrumento analítico e de reconstrução teórica como novo paradigma. Nesse momento se destacam pensadores como Friedrich List, Wilhem Roscher, Gustav Schmoller, Werner Sombart e Max Weber. Destacam-se, ainda, os economistas Karl Marx, Friedrich Engels, Carl Menger, Achille Loria, Augusto Grazziani e Arthur Pigou, assim como os

2 SCHUMPETER, Joseph A. *History of Economic Analysis*. New York: Oxford University Press, 1954, p. 111-118.

3 MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. V. 1. Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 67-69.

4 Adam Smith, a partir de sua obra clássica *The wealth of Nations* (traduzida para o português como “A Riqueza das Nações”), já defendia a liberdade de concorrência para a melhor alocação dos recursos, considerando que os preços seriam naturalmente fixados pelo mercado até um equilíbrio, livre de intervencionismo, o que veio a ser conhecido pela famosa expressão “mão invisível”.

5 Bentham, por sua vez, formulou a filosofia utilitarista a partir do “princípio da maior felicidade”. Concebia que a natureza humana estava sob o domínio dos conceitos de dor e prazer, relacionados aos estímulos que poderiam ter os homens, sustentando que estes tomam decisões visando a maximizar sua felicidade ou o seu prazer, diminuindo ou evitando a dor.

6 POSNER, Richard A. *Some Uses and Abuses of Economics in Law*. *University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 2, 1979, p. 281-282.

juristas Rudolf Stammler e Victor Mataja. Esse período se encerra com os autores Thorstein Veblen, Richard Ely e John Commons, vinculados ao movimento institucionalista norte-americano, e com os autores Karl Llewellyn, Robert Lee Hale e Oliver Wendell Holmes Jr., vinculados ao realismo jurídico norte-americano.⁷

Entre as décadas de 1940 e 1960 ocorre um afastamento nas relações entre direito e economia, possivelmente ocasionado pela metodologia da pesquisa científica na modernidade, após o que tem início a denominada “segunda onda”, de reaproximação das disciplinas, que corresponde ao movimento contemporâneo de direito e economia. Nessa fase, os trabalhos pioneiros são atribuídos a Ronald Coase e Guido Calabresi, além de Anthony Downs, James Buchanan, Gordon Tullock, Gary Becker, George Stigler, Friedrich Hayek, Armen Alchian, Harold Demsetz, Douglass North, Warren Samuels e Pietro Trimarchi. Vale registrar que em tal período (1960-1970) há uma fase ou momento histórico de transição do paradigma moderno, que está em crise, para o paradigma pós-moderno, de abertura para as ciências sociais. Já na década de 1980 o movimento do direito e economia se amplia com as produções doutrinárias de pensadores como Steven Shavell, William Landes, Richard Posner, Guido Calabresi, Mitchell Polinsky e Robert Cooter.⁸

Até a década de 1970, aproximadamente, predominavam nos Estados Unidos movimentos como o realismo jurídico⁹ e o utilitarismo¹⁰. Segundo Alvarez, como contraposição a essas visões predominantes à época, surgiram três novos movimentos – *Law and Economics* ou Análise Econômica do Direito (AED), *Critical Legal Studies* (CLS) ou Escola Crítica do Direito e as teorias denominadas *Rights-based*. A AED propunha a análise do direito sob a perspectiva econômica, combinando o estudo interdisciplinar entre direito e economia. Já o movimento CLS procurava trabalhar o direito sob a perspectiva política, com a utilização de argumentos derivados da filosofia política e social. E as chamadas teorias *Rights-based* englobavam todas as contribuições derivadas das teorias da filosofia moral e política que tinham como referenciais uma sociedade justa.¹¹

Ao longo do século XX, inicialmente nos Estados Unidos, houve a consolidação dos vínculos entre direito e economia, impulsionado pela análise do comportamento dos indivíduos. Nesse período, a análise econômica do direito deixa de focar apenas questões de ordem monetária para também abarcar questões relacionadas à teoria do comportamento humano a partir da norma, sem conteúdo monetário. A intenção era dotar o pensamento jurídico de um instrumento que permitisse explicar o comportamento dos indivíduos frente às normas, vislumbrando as suas consequências no tocante ao cumprimento ou não das obrigações legais. Vale lembrar aqui a definição clássica de Robbins, para quem a economia significa a “ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos para os quais há usos alternativos”.¹²

7 MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. V. 1. Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 69-71.

8 MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. V. 1. Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 71-80.

9 O realismo jurídico compreendia o direito como realidade e disciplina autônoma, constituído de conceitos e princípios extraídos das decisões judiciais. Desse modo, pregava que o direito correspondia àquilo que era estabelecido pela Corte, no seu aspecto mais pragmático, em detrimento do formalismo.

10 O utilitarismo, por meio de um de seus maiores expoentes, Jeremy Bentham, baseava-se no princípio de que o ser humano tomava decisões visando à busca da felicidade, na medida em que procurava maximizar o seu prazer e diminuir a sua dor.

11 ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, jul./dez. 2006, p. 49-50.

12 ROBBINS, Lionel. *An essay on the nature and significance of economic science*. London: MacMillan & Co. Limited, 1932, p. 15.

A relação interdisciplinar entre direito e economia pode parecer, num primeiro momento, contraditória ou conflitante. Essa percepção inicial é atribuída à diferença entre os métodos utilizados por essas disciplinas.¹³ A natureza da análise econômica, segundo Posner, é muitas vezes incompreendida, já que alguns leitores são levados a rejeitar a aplicabilidade da economia ao sujeito de direitos por acreditar que economia se refere a dinheiro e mercados e que, quando aplicada a questões políticas e sociais, estas se reduzem a objetos de comércio. Adverte que essa visão é equivocada, ressaltando que a economia trata basicamente da gestão da escassez.¹⁴

O papel da economia em sua interação com o direito é contribuir para o planejamento dos gastos públicos, escolhendo prioridades de alocação de recursos e realização de despesas sociais, visando a atender ao maior interesse da sociedade e do desenvolvimento. Levar em conta as implicações econômicas da Administração Pública¹⁵ e das decisões judiciais em sede de políticas públicas serve também para compreender a crise do Estado contemporâneo, da democracia, da efetivação dos direitos fundamentais sociais e da “Constituição Simbólica”¹⁶. Por isso, a necessidade de explorar a metodologia da análise econômica do direito, a fim de melhor compreender a relação entre as disciplinas.

3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO METODOLOGIA PARA A TOMADA DE DECISÃO

No campo da análise econômica é possível identificar uma vertente que cuida da aplicação do instrumental metodológico da teoria econômica ao estudo do direito e outra que trata do estudo da relação entre o sistema jurídico e o sistema econômico. A primeira tem recebido o nome de Análise Econômica do Direito (AED)

13 Salama sintetiza com precisão essas diferenças metodológicas. Afirma que, enquanto o direito é exclusivamente verbal, a economia é verbal e matemática; enquanto o procedimento da análise jurídica é hermenêutico, o procedimento da análise econômica é empírico; enquanto a aspiração do direito é a justiça, a aspiração da economia é a eficiência; enquanto a crítica jurídica se dá a partir da legalidade, a crítica econômica se dá a partir do custo. Nesse contexto, pode-se salientar que o jurista busca identificar o que está obrigado, permitido ou proibido, ou ainda o que é legal e ilegal, enquanto que o economista busca identificar o que é eficiente e ineficiente, a partir da análise do comportamento dos indivíduos em um ambiente de mercado ou de trocas (SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). Agenda contemporânea: direito e economia. Trinta anos de Brasil (Tomo I). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 285). A diferença entre o método jurídico tradicional e o método econômico também pode ser visualizado sob os pontos de vista retrospectivo e prospectivo, conforme leciona Mathis. No direito, tende-se a avaliar um caso concreto que já ocorreu (visão retrospectiva), enquanto que na economia tende-se a avaliar o efeito ou a consequência da medida adotada no caso concreto (visão prospectiva). É a situação, por exemplo, da análise do efeito precedente da decisão jurídica sobre o futuro comportamento de todos os destinatários da decisão ou do efeito da criação da norma sobre os seus destinatários. Outro exemplo citado por Mathis é o da responsabilidade civil, em que o jurista está preocupado com a solução entre o lesante e o lesado, especialmente sobre a indenização reclamada por este em face de um incidente. Do ponto de vista econômico, a solução é enquadrada no impacto do julgamento sobre o comportamento futuro dos possíveis lesantes e lesados, ou seja, de que a decisão afetará o comportamento das partes envolvidas (MATHIS, Klaus. Consequentialism in Law. In: MATHIS, Klaus (ed.). Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations. University of Lucerne, Switzerland, 2012, p. 6. Disponível em: <https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/mathis/Dok/6_Mathis_Consequentialism_in_Law.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2018.

14 POSNER, Richard A. The Cost of Rights: Implications for Central and Eastern Europe - And for the United States. v. 32. n. 1. *Tulsa Law Journal*, 1996, p. 01-02.

15 Num contexto em que existe no pensamento jurídico nacional enorme influência dos princípios jurídicos em detrimento das regras, propiciando mais incerteza do que previsibilidade na aplicação das normas e na decisão jurídica, a análise interdisciplinar entre direito e economia auxilia na avaliação das consequências da tomada de decisão do ponto de vista prático. Nesse sentido, registre-se a Lei federal n. 13.655/2018, que acrescentou dispositivos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942), entre os quais: Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. [...]; Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. [...]; Art. 22, § 1º. Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. [...].

16 A expressão é de Marcelo Neves, ao se referir ao simbolismo constitucional que se manifesta quando o significado social e político do texto constitucional está exatamente na relação inversa da sua concretização normativo-jurídica, ou seja, quando há uma discrepância entre a função hipertroficadamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica do diploma constitucional (NEVES, Marcelo. A Constitucionalização simbólica. 3. ed. São Paulo: Martins fontes, 2011, p. 1).

e a segunda tem sido denominada Direito e Economia (*Law and Economics*). Conforme leciona Araújo, há quem entenda que a expressão “Análise Econômica do Direito” seria mais sugestiva de um ascendente teórico da ciência econômica, enquanto que a expressão “*Law and Economics*” seria mais uma paridade entre os dois domínios.¹⁷ Porém, destaca que as expressões são geralmente utilizadas como sinônimas, razão pela qual aqui também não se fará distinção, considerando-se apenas a expressão “Análise Econômica do Direito”, como uma disciplina que envolve naturalmente os campos do direito e da economia.

Mercurio e Medema definem AED como sendo a aplicação da teoria econômica - principalmente microeconomia e conceitos básicos de economia do bem-estar - para o exame da formação, da estrutura, dos processos e do impacto econômico do direito e das instituições jurídicas.¹⁸ Posner, por sua vez, conceitua a disciplina como a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico.¹⁹

Dois abordagens são consideradas quando do estudo dos objetivos da AED – positiva e normativa. A abordagem *positiva*, também denominada descritiva ou explicativa, procura descrever como o direito é, analisando os efeitos ou as consequências das normas no mundo real dos fatos, do ponto de vista econômico. Está ligada à escola de Chicago, particularmente às contribuições de Ronald Coase e Richard Posner. Já a abordagem *normativa* ou prescritiva procura explicar como o direito deve ser, como os conceitos de justiça, eficiência e maximização de riqueza se comunicam, e está mais diretamente ligada às escolas de Yale e de Harvard, em especial aos trabalhos de Guido Calabresi e Steven Shavell.²⁰

Desse modo, considerando que os indivíduos ponderam custos e benefícios, respondem a incentivos e são maximizadores racionais de suas satisfações ao fazerem escolhas, quando procuram identificar, por meio da análise econômica, quais os efeitos das leis com o fim de alcançar determinados resultados considerados desejáveis, fala-se da abordagem *positiva* (descritiva) da teoria. Estuda a eficiência da regra jurídica assim como ela é na realidade social, sem visar a objetivos de intervenção regulatória. Trata-se apenas da previsão das consequências das normas jurídicas, projetando o comportamento dos agentes perante a lei. Nesse caso, não está em jogo a formulação de qualquer tipo de norma ou política pública.²¹ Tomando-se, como exemplo, o fato de como as pessoas reagiriam após a entrada em vigor de uma determinada lei, poder-se-ia analisar como os motoristas reagiriam após a entrada em vigor de uma penalidade mais severa para o homicídio culposo cometido no trânsito sob o efeito de álcool.²²

Já quando se pretende especificar os objetivos desejáveis, emitindo um juízo de valor para escolher quais são os melhores ou socialmente desejáveis, fala-se da abordagem *normativa* (prescritiva). Nesta, são elaboradas eventuais correções nas regras existentes que geraram resultados ineficientes. É mais

17 ARAÚJO, Fernando. Análise econômica do direito: programa e guia de estudo. Coimbra: Almedina, 2008, p. 10, nota de rodapé n. 18.

18 MERCURIO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 01.

19 POSNER, Richard A. The Economic Approach to Law. Texas Law Review, v. 53, n. 4, 1975, p. 759.

20 POSNER, Richard A. Some Uses and Abuses of Economics in Law. University of Chicago Law Review, v. 46, n. 2, 1979, p. 284-285.

21 Ainda acerca da aplicação dos conceitos de microeconomia ao direito no campo da AED positiva, Cooter distingue três versões de argumentação: reducionista, explicativa e preditiva. A argumentação reducionista (minoritária, radical) entende que o direito pode ser reduzido à economia, de modo que categorias jurídicas (direitos, deveres, negligência etc.) podem ser substituídas por categorias econômicas. A argumentação explicativa defende que a economia pode explicar a estrutura das normas jurídicas a partir da maximização das preferências individuais em um ambiente de escassez. E a argumentação preditiva diz respeito à ideia de que a economia pode auxiliar na previsão das consequências ou dos efeitos das regras jurídicas sobre o comportamento dos indivíduos (COOTER, Robert. Law and the imperialism of economics: an introduction to the economic analysis of law and review of the major books. UCLA Law Review 1260, v. 29, 1981, p. 1265-1266).

22 É o caso, por exemplo, de vislumbrar os efeitos da Lei n. 13.546/2017, que modificou o Código de Trânsito (Lei n. 9.503/1997), ampliando as penas mínimas e máximas para o condutor de veículo automotor que provocar, sob efeito de álcool e outras drogas, acidentes de trânsito que resultarem em homicídio culposo ou lesão corporal grave ou gravíssima. Antes, a pena de prisão para o motorista que cometesse homicídio culposo no trânsito estando sob efeito de álcool ou outras drogas psicoativas variava de 2 a 5 anos. Com a mudança, a pena aumentou para entre 5 e 8 anos de prisão.

abrangente que a anterior, tendo por escopo formular sugestões de normas com base nos efeitos econômicos analisados. O critério valorativo na escolha dos objetivos desejáveis utilizado pela escola tradicional da AED é a *eficiência*. Logo, sob o aspecto normativo, são consideradas noções de justiça juntamente com de eficiência, maximização de riqueza e de bem-estar, a guiar políticas públicas. Cita-se, como exemplo, o objetivo de desestimular o uso de veículos particulares nas cidades, em favor do transporte coletivo, de maneira que o aspecto normativo se sobressai com a busca para encontrar a melhor forma de a norma jurídica atingir o resultado pretendido (redução do congestionamento de trânsito, menos poluição, melhoria na qualidade do meio ambiente, entre outros).

À análise econômica do direito são atribuídas diversas características. Spector ressalta três, como principais: (i) proporciona um modelo analítico unificado para explicar uma formação de normas jurídicas que parecem não ter conexão entre si; (ii) constitui premissa fundamental do modelo o fato de que os indivíduos são agentes racionais que escolhem suas ações para maximizar suas utilidades individuais, com base numa ordem coerente de preferências transitivas; e (iii) assume que existe uma noção básica de eficiência consistente e inteligível que pode servir de base para avaliar as instituições jurídicas.²³

A metodologia econômica adota essencialmente a racionalidade individual para demonstrar que, antes de tomarem uma decisão, os agentes avaliam os custos e os benefícios das alternativas possíveis, sejam econômicas ou sociais, a partir das informações que obtiveram. Tal avaliação é de cunho probabilístico ou consequencialista porque considera as consequências (e não as causas) que levaram à tomada da decisão. Daí a noção de que o pressuposto econômico parte da ideia de que os indivíduos são maximizadores racionais e de que a lei constitui um meio para alterar os preços associados a ações individuais alternativas.

É bem verdade que a racionalidade individual, considerada para a tomada de decisão, apresenta algumas variações, em decorrência das experiências de cada indivíduo, do contexto envolvido, assim como outros aspectos.²⁴ De qualquer sorte, o que sobreleva é a utilidade ou o bem-estar que o agente obterá com a escolha da decisão. Essa escolha é identificada com a eficiência, que sob a perspectiva econômica pode muito contribuir para o bem-estar social.

A interferência do Estado por meio da legislação ou do Poder Judiciário, estabelecendo comportamentos desejáveis e sanções para o descumprimento de suas determinações, traz consequências tanto para o campo social quanto econômico. O impacto econômico das ações dos operadores do direito, não apenas na Administração Pública, mas, especialmente dos que decidem no âmbito do Poder Judiciário, tem sido cada vez mais estudado, com vistas a tornar as decisões mais seguras, estáveis e justas. A busca pela segurança jurídica e pela justiça não é algo novo, pois remonta à própria história do direito. Para além de conceber o direito essencialmente como provedor de justiça, a análise econômica propõe que as leis e as decisões jurídicas funcionem como incentivos para modificar o comportamento dos indivi-

23 SPECTOR, Horacio. Justicia y bienestar. Desde una perspectiva de derecho comparado. *Doxa*, n. 26, 2003, p. 243.

24 Veja-se, por exemplo, as pesquisas do ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 2017, Richard H. Thaler, no sentido de que, no mundo real, os seres humanos nem sempre são tão racionais em suas escolhas, já que traços de personalidade dos indivíduos, como racionalidade limitada, preferências sociais e falta de autocontrole, afetam tanto decisões pessoais quanto do mercado como um todo (FRAGA, Érica. Estudo do comportamento na tomada de decisões rende Nobel de Economia. Mercado. Folha de S. Paulo. 09 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/10/1925486-estudo-do-comportamento-na-tomada-de-decisoes-rende-nobel-de-economia.shtml>>. Acesso em: 05 jan. 2018).

duos, a fim de atingir os objetivos das políticas públicas, entre os quais a distribuição, a efetividade e a eficiência. Nesse cenário, a análise econômica do direito constitui uma metodologia importante para a tomada de decisão que não deve ser desprezada, mas que também exige um pouco de conhecimento acerca da diversidade de escolas ou pensamentos contidos no movimento.²⁵

4 O PAPEL DA EFICIÊNCIA NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

No plano jurídico, observa-se que o termo “eficiência” foi acrescido pelo Poder Constituinte Derivado Reformador ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal, quando da edição da Emenda Constitucional n. 19/98, consagrando-o como princípio constitucional, a ser observado não apenas pela Administração Pública, como também pelo Poder Judiciário, na fundamentação de suas decisões. Dada a sua previsão no âmbito das disposições sobre a Administração Pública, o conceito de eficiência²⁶ foi mais difundido no direito administrativo, sobressaindo-se definições genéricas relacionadas à adequação entre meios e fins a serem alcançados pela Administração Pública, à realização dos fins segundo o menor custo e à redução de desperdícios mediante a prestação de serviços com presteza, perfeição e maior rendimento.

25 O movimento da Análise Econômica do Direito não apresenta uma uniformidade de pensamentos, porquanto agrupa diversas tendências ou escolas, entre as quais podem ser salientadas a escola Tradicional ou de Chicago, a Institucionalista, a Neo-Institucionalista, a Public Choice e a escola de New Haven. A escola de Chicago é considerada a escola originária e que tem como principal expoente o jurista Richard Posner. Identificada como ortodoxa, mais radical ou conservadora, aplica a microeconomia na criação e interpretação do direito, por meio da teoria dos preços neoclássica. A preocupação central dessa escola é de que o sistema jurídico deve ser interpretado com vistas a promover a eficiência econômica. Para essa corrente, portanto, eficiência e cálculo econômico devem ser os critérios utilizados para avaliar as decisões judiciais e as instituições jurídicas, por serem impessoais e sujeitos à comprovação, mais adequado a dirimir aqueles casos essencialmente politizados ou carregados de emoções. A escola Institucionalista tem como enfoque a importância das instituições no funcionamento da economia, ao mesmo tempo em que rechaça a ênfase no individualismo metodológico da teoria ortodoxa. Assim, procura ir além da simples aplicação da teoria microeconômica ao direito, analisando as relações existentes entre o sistema jurídico e o sistema econômico, a fim de identificar como o sistema jurídico afeta e é afetado pelo comportamento dos agentes econômicos e pelo desenvolvimento. A escola Neo-Institucionalista ou Nova Economia Institucional leva em consideração a premissa de que as instituições são fundamentais na estrutura econômica e no desenvolvimento da sociedade. Sustenta que a visão neoclássica é insuficiente para explicar a ineficiência econômica das instituições. Por sua vez, a escola de Yale ou de New Haven dedica seus estudos à análise da regulação por parte do Estado, sob a perspectiva das políticas públicas e da escolha social (social choice). Essa escola tem origem nos estudos de Guido Calabresi, ao examinar, sob a óptica da teoria econômica, a distribuição do risco como critério de imputação de responsabilidade, isto é, analisa a relação entre as regras de responsabilidade (liability rules) e a distribuição das perdas. Sustenta a necessidade de distinguir as noções de distribuição e de justiça da noção de eficiência, desafiando a ideia defendida pela escola ortodoxa ou de Chicago, no sentido de que a eficiência seja o principal ou único valor para compensar perdas por danos. Além disso, a escola de New Haven dá maior ênfase às leis e aos regulamentos, e menos às decisões judiciais, o que exige maior conhecimento das instituições oficiais e das ferramentas de avaliação das políticas públicas, bem assim do comportamento do governo como ator racional. Já a escola da Public Choice ou teoria da escolha pública realiza uma abordagem econômica da política e do direito público. Em síntese, essa escola toma as ferramentas e os métodos de abordagem que foram desenvolvidos para níveis analíticos bastante sofisticados na teoria econômica e aplica essas ferramentas e métodos ao setor político ou governamental, à política e à economia pública. Tal como acontece com a teoria econômica, a análise feita pela citada escola tenta relacionar o comportamento dos atores individuais no setor governamental, ou seja, o comportamento das pessoas em suas diversas capacidades como eleitores, como candidatos a cargos, como representantes eleitos, como líderes ou membros de partidos políticos, como burocratas - todos esses são papéis de “escolha pública” - e o conjunto de resultados que podem ser observados. Portanto, a teoria da escolha pública tenta oferecer uma compreensão, uma explicação, das interações institucionais complexas que ocorrem dentro do setor político. Não obstante a diversidade de escolas de pensamento, todas cuidam da aplicação de pressupostos econômicos ao direito, com vistas a fornecer um instrumento científico para a análise do comportamento dos indivíduos diante de recursos escassos.

26 Não constitui objeto deste trabalho enveredar pela evolução conceitual de eficiência entre os doutrinadores no Brasil, mas ampliar os horizontes das posições predominantes no direito com a visão econômica. Para um estudo minucioso acerca da evolução conceitual e jurisprudencial do princípio constitucional da eficiência, remete-se o leitor ao artigo de Rosângela Tremel. Cf. TREMEL, Rosângela. Princípio constitucional da eficiência: evolução do conceito e sua concretização na justiça trabalhista brasileira. *Unisul De Fato e De Direito. Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*. v. 9, n. 16, jan./jul. 2018, p. 101-122.

to funcional.²⁷ No entanto, parece haver um raciocínio superficial e circular nos conceitos de eficiência formulados na seara administrativista, o que remete à necessidade de agregar o conhecimento interdisciplinar com a economia.

Cabe registrar que o conceito de eficiência entre os economistas também não é uniforme. Coleman aponta, como noções relevantes, a eficiência alocativa de Coase, a optimalidade de Pareto, a eficiência de Kaldor-Hicks e, ainda, a maximização de riqueza de Posner. A eficiência alocativa de Coase pode ser resumida no sentido de que o máximo uso produtivo dos recursos não depende da atribuição inicial dos direitos. A atribuição inicial é apenas o ponto de partida a partir do qual as negociações começam, de maneira que o ponto em que as negociações cessam representa a alocação eficiente de recursos.²⁸ É dessa forma que, em *The Problem of Social Cost*²⁹, Coase afirma que, em condições de racionalidade, conhecimento substancial e custos de transações zero, os resultados dos negócios serão eficientes. Porém, o teorema de Coase é válido apenas quando os custos de transação são suficientemente insignificantes para permitir que o mercado funcione como resultado eficiente no processo de ganho mútuo através do comércio. Onde os custos de transação são altos, criam falhas de mercado ou externalidades³⁰, a atribuição inicial de direitos faz a diferença do ponto de vista da eficiência.³¹

Em relação à optimalidade de Pareto, os recursos são alocados de uma forma Pareto-ótimo se, e somente se, qualquer realocação adicional deles puder melhorar o bem-estar de uma pessoa apenas em detrimento de outra.³² Portanto, o modelo teórico de Pareto concebe uma situação como eficiente quando não for possível melhorar a posição de uma das partes sem piorar a de outra.³³

Por outro lado, uma redistribuição de recursos é considerada Kaldor-Hicks eficiente se, sob a redistribuição, os vencedores ganham o suficiente para que possam compensar os perdedores. A noção de eficiência de Kaldor-Hicks não exige que os vencedores realmente compensem os perdedores. A falta

27 Para Diogenes Gasparini, o princípio da eficiência impõe à Administração Pública a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento (GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 16. ed. atualizado por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76-77). Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da eficiência é uma faceta do princípio da boa administração, significando desenvolver a atividade administrativa do modo mais congruente, oportuno e adequado aos fins a serem alcançados (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 04/02/2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 122-123). De acordo com Carvalho Filho, o princípio da eficiência é a procura de produtividade e economicidade, com a redução dos desperdícios de dinheiro público, por meio da execução dos serviços com presteza, perfeição e rendimento funcional (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 30-33). Para Di Pietro, o princípio da eficiência está relacionado ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições a fim de lograr os melhores resultados, bem como ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública, com o objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 83-85). Marçal Justen Filho, por sua vez, destaca que o princípio da eficiência tem relação com a vedação do desperdício ou da má utilização dos recursos destinados à satisfação de necessidades coletivas, de modo que é necessário obter o máximo de resultados com a menor quantidade possível de desembolsos (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 204-206).

28 COLEMAN, Jules L. Efficiency, exchange, and auction: philosophic aspects of the economic approach to law. V. 68, Cal. L. Rev. 221, 1980, p. 225.

29 COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economic*. V. 3, 1960.

30 O problema de eficiência no que concerne a Coase surge da existência de externalidades ou efeitos externos, consistentes em subprodutos de uma atividade que influenciam a produção de outros bens ou o bem-estar (ou utilidade) de outros indivíduos. Os efeitos externos podem ser benéficos (externalidades positivas) ou prejudiciais (externalidades negativas) e internalizar uma externalidade significa eliminar a ineficiência na produção ou troca que ela gera. (COLEMAN, Jules L. Efficiency, exchange, and auction: philosophic aspects of the economic approach to law. V. 68, Cal. L. Rev. 221, 1980, p. 231-232).

31 Coleman cita três abordagens para o problema de controlar externalidades quando os mercados são inadequados para a tarefa: impostos ou subsídios, regras de propriedade e regras de responsabilidade. Cada abordagem envolve algum tipo de intervenção no mercado por uma autoridade central (pública), diferindo apenas em relação aos instrumentos empregados para proteger o direito.

32 COLEMAN, Jules L. Efficiency, utility, and wealth maximization. *Faculty Scholarship series. Paper 4202*, 1980, p. 512-513.

33 Exemplo: "A" compra de "B" uma coleção de selos por \$ 950. Se a venda foi consensual e não houve fraude nem coação, sabe-se que a utilidade para "A" da coleção de selos é maior do que a utilidade de \$ 950, e que a utilidade de \$ 950 é maior para "B" do que a coleção de selos. Assim, desde que não haja efeitos negativos sobre terceiros, a venda é uma melhora no sentido de Pareto.

de exigência de compensação pode ter o efeito de produzir perdedores.³⁴ Esse modelo surgiu com a intenção de melhorar o critério de Pareto, baseando-se na premissa de que uma situação será eficiente quando, ainda que uma das partes envolvidas tenha a sua situação piorada, haja a possibilidade de compensá-la. Portanto, por esse critério o importante é que os ganhadores possam potencialmente compensar os perdedores, ainda que efetivamente não o façam.³⁵

No tocante à ideia de eficiência em Posner, é necessário levar em conta as diversas fases (ascensão, apogeu e queda) por que passou o pensamento do autor acerca do assunto. Salama destaca com maestria a ascensão da eficiência como método analítico, o seu apogeu como critério ético e a sua queda como eficiência subordinada ao pragmatismo.

A eficiência como método analítico (fase de ascensão) corresponde à fase que vai desde meados dos anos 1960 até fins da década de 1970. A ideia de eficiência se identifica com a eficiência econômica, ou seja, com a maximização da riqueza medida em padrões monetários. O contexto é de que as pessoas se utilizam de um cálculo racional tanto nos “mercados explícitos” quanto nos “mercados implícitos”. Assim, conforme exemplifica Salama, se o preço dos tomates aumenta, o consumidor tenderá a comprar menos tomates ou os substituirá por outro tipo de alimento. O mesmo raciocínio analítico valeria para a prática de crimes, o ajuizamento de ações, a realização de acordos etc. A utilização da racionalidade como premissa instrumental não significa necessariamente que haja um cálculo consciente de custos e benefícios, mas apenas um comportamento previsível.³⁶

A eficiência como critério ético (fase de apogeu) surge a partir de meados da década de 1970, quando Posner formula uma síntese normativa entre justiça e eficiência. A obra emblemática é *The Economics of Justice*³⁷, de 1981. Para Salama, essa fase pode ser vista como uma releitura das teorias contratualistas clássicas (Hobbes, Locke e Rousseau), em que Posner aplica suas teorias morais (*moral theory*) a questões jurídicas. Posner utiliza a expressão “teoria moral”, em vez de “teoria de justiça”, definindo que o critério para avaliar se os atos e as instituições são justos deve ser a maximização de riqueza da sociedade. Desse modo, as regras jurídicas e as interpretações do direito que promovam a maximização de riqueza são consideradas justas. Posner não distingue as expressões “maximização de riqueza” e “eficiência” e situa sua teoria como uma construção intermediária entre a deontologia kantiana e o utilitarismo benthamiano.³⁸

34 COLEMAN, Jules L. Efficiency, exchange, and auction: philosophic aspects of the economic approach to law. V. 68, Cal. L. Rev. 221, 1980, p. 237-242.

35 Bruno Salama ilustra o sentido do critério de Kaldor-Hicks com um exemplo ocorrido na cidade de São Paulo. A prefeitura proibiu a colocação grandes cartazes de propaganda expostos ao público. Houve “perdedores”, e disso não resta dúvida porque várias pessoas perderam seus empregos e outras tantas perderam seus negócios. Por outro lado, o sólido apoio da população à nova legislação, e a reeleição do prefeito responsável por tal mudança, sugerem que os ganhos do restante da população (os “ganhadores”) provavelmente excederam as perdas do grupo de “perdedores” (SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). Agenda contemporânea: direito e economia. Trinta anos de Brasil (Tomo I). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 311).

36 SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). Agenda contemporânea: direito e economia. Trinta anos de Brasil (Tomo I). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 288-293.

37 Obra traduzida para o português: POSNER, Richard A. A economia da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

38 Do utilitarismo, Posner mantém uma concepção consequencialista de moralidade e justiça, bem como a noção de cálculo individual como ponto de partida no exame das relações em sociedade. Por outro lado, rechaça o critério de felicidade, elemento fundamental do utilitarismo, substituindo-o pelo da maximização da riqueza. Da deontologia kantiana, Posner mantém parte dos conceitos de autonomia e consenso, porém, rechaça o “fanatismo” kantiano, que seria a aversão ao raciocínio consequencialista levada ao seu extremo lógico (SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). Agenda contemporânea: direito e economia. Trinta anos de Brasil (Tomo I). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 293-313).

A eficiência subordinada ao pragmatismo (fase de queda) é resultado das inúmeras críticas que sofrera em relação à ideia da maximização de riqueza como fundamentação ética do direito.³⁹ Na década de 1990, com a publicação da obra *The Problems of Jurisprudence*⁴⁰, Posner revê sua posição e abandona a defesa da maximização de riqueza como fundação ética do direito, passando a sustentar o pragmatismo jurídico. Trata-se, segundo Salama, da formulação e aplicação do direito sem fundações filosóficas, sopesando-se as possíveis consequências das diversas interpretações que o texto permite. Essa fase marca o retorno à tradição jurídica americana por excelência – o pragmatismo.⁴¹

Seguramente, a principal crítica à análise econômica do direito tem sido a utilização do critério de eficiência na teoria do direito. No entanto, é preciso estar atento às diversas concepções e escolas a que se vincula a noção de eficiência, para que se possa compreender melhor que esse critério pode ser bastante útil como instrumental para auxiliar na elaboração de normas e formulação de decisões judiciais ou administrativas mais eficientes e justas, assim como nas situações envolvendo gastos públicos, a exemplo das políticas públicas de saúde, conforme se verá mais adiante.

5 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL

Retrocedendo-se 70 anos no tempo, em 10 de dezembro de 1948, um documento proclamado na Assembleia Geral das Nações Unidas marcava a história dos direitos humanos – a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Apesar de ter servido de inspiração para diversas constituições e estados democráticos, a declaração ainda não só não atingiu sua plena concretização no plano mundial, como dá demonstrações de retrocesso em diversas partes do globo. Esse é o caso do Brasil, que passa por um momento de crises política e econômica (e, talvez, ainda crise moral) com graves violações dos direitos humanos e fundamentais.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e das atrocidades vivenciadas naquele momento histórico, houve uma luta pela proteção dos direitos humanos, construída a partir da dignidade da pessoa humana, que inspirou a humanidade a postular um padrão mínimo necessário para a sobrevivência dos povos e das nações. Portanto, no cenário internacional, como afirma Piovesan, a dignidade humana passou a constituir o valor maior que inspirou a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, acenando à universalidade e à indivisibilidade dos direitos humanos, representando “o norte e o lastro ético dos demais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos”.⁴²

No tocante à sua trajetória rumo ao direito, Barroso afirma que a dignidade se beneficiou da cultura jurídica pós-positivista, identificada com a reaproximação entre o direito e a ética, tornando o ordenamento jurídico permeável aos valores morais. Sustenta que se trata de um valor fundamental convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa, seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema, servindo tanto como justifica-

39 Dentre as críticas, podem ser destacadas as de: COLEMAN, Jules. *The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner's "The Economics of Justice"*. *Stanford Law Review*, v. 34, n. 5, 1982, p. 1105-1131; DWORKIN, Ronald M. *Is Wealth a Value?* *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, 1980, p. 191-226; KRONMAN, Anthony T. *Wealth Maximization as a Normative Principle*. *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, 1980, p. 227-242; e MICHELMAN, Frank I. *A Comment on Some Uses and Abuses of Economics in Law*. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 2, 1979, p. 307-315.

40 Obra traduzida para o português: POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

41 SALAMA, Bruno Meyerhof. *A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner*. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). *Agenda contemporânea: direito e economia. Trinta anos de Brasil (Tomo I)*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 313-319.

42 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*. Belo Horizonte, Ano 1, n. 2, jan./dez. 2004.

ção moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.⁴³

Há que se registrar que direitos humanos e direitos fundamentais apresentam uma marcada distinção. Por uma questão terminológica, adota-se aqui o entendimento de Sarlet, para quem os “direitos fundamentais” são considerados aqueles reconhecidos pelo direito constitucional positivo e, portanto, delimitados espacial e temporalmente, enquanto os denominados “direitos humanos” constituem posições jurídicas reconhecidas na esfera do direito internacional positivo ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem jurídico-positiva interna.⁴⁴

Prestes a completar 30 anos e inspirada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Constituição Federal de 1988 é considerada o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos e garantias fundamentais, por demarcar a ruptura com o regime autoritário militar instaurado em 1964, situando-se, na expressão de Piovesan, como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil.⁴⁵ Daí se conceber que na Constituição estão institucionalizados os direitos humanos, na forma de direitos fundamentais, sociais e econômicos, a serem prestados e garantidos por meio de políticas públicas.

Como instrumentos colocados à disposição do Estado para a concretização de direitos humanos fundamentais abrigados na Constituição, as políticas públicas têm sido objeto de intenso debate na sociedade, dada a insuficiente capacidade governamental de converter recursos públicos em satisfação das necessidades básicas individuais e sociais. Entre os direitos fundamentais abrigados pelas políticas públicas - e que interessa ao presente trabalho - está o direito à saúde, positivado no art. 6º da Constituição Federal e concebido como direito de todos e dever do Estado no seu art. 196. Trata-se de comando que obriga os entes federados a proteger a saúde de forma sistemática, nos termos do art. 198, em torno do conhecido Sistema Único de Saúde (SUS), constituído de uma rede regionalizada e hierárquica de ações e serviços de saúde, com direção única em cada esfera de governo e estrutura descentralizada para atendimento integral.⁴⁶

43 BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. *Revista Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 76, nov./dez. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=83932>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

44 SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º 1, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2017.

45 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ*, Belo Horizonte, Ano 1, n. 2, jan./dez. 2004.

46 A proteção à saúde encerra alguns princípios norteadores, como o da universalidade, que prevê o acesso a todos, o da equidade, que estabelece o acesso em condições iguais, o da integralidade, que exige atendimento e acompanhamento, clínico e de gastos, ao longo do tratamento, e o da descentralização entre a União, os Estados e os Municípios.

A norma infraconstitucional que contém as diretrizes a serem seguidas pela União, pelos Estados e Municípios é a Lei federal n. 8.080/90, denominada Lei Orgânica da Saúde.⁴⁷ Cabe destacar que é bastante extenso o espectro normativo infraconstitucional e legal (decretos, portarias, resoluções)⁴⁸ que trata da política pública de saúde no país. São regulamentações fragmentadas, que sofrem constantes alterações e, às vezes, de difícil compreensão, podendo prejudicar a interação governamental, ou institucional, e com o jurisdicionado. Deve-se ter em conta, ainda, que o papel da Administração Pública em formular e executar políticas públicas de saúde vai além da mera conformidade com os dispositivos constitucionais e legais, na medida em que suas ações estão em uma realidade que envolve questões de natureza política, orçamentária, científica, tecnológica, ética e econômica, apenas para citar algumas.

Não obstante a Constituição tenha dado ao Poder Executivo o papel de concretização do direito à saúde por meio de “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”, observa-se que a extensa e complexa malha de assistência positivada não veio acompanhada da infraestrutura necessária para a prestação dos serviços públicos, notadamente em um cenário de desigualdade social, crises econômica e política, situação que repercute, até hoje, na baixa concretização do direito social em comento. Com isso, o Poder Judiciário tem sido cada vez mais demandado para obrigar os entes federados a satisfazerem o direito à saúde, situação conhecida como “judicialização da saúde”.⁴⁹ Nesse cenário, geralmente há um confronto entre a necessidade de cumprimento do direito fundamental, de um lado, e a escassez dos recursos orçamentários do ente federado, de outro⁵⁰, expondo o custo dos direitos sociais⁵¹ e os dispêndios de recursos públicos de forma ineficiente.⁵² Na

47 O Decreto n. 7.508/2011 também dispõe sobre a matéria, assegurando que o acesso universal e equitativo às ações e aos serviços de saúde deve observância ao planejamento integrado, à avaliação da gravidade do risco individual e coletivo, ao critério cronológico, às particularidades das pessoas que gozam de proteção especial e à orientação dos fluxos das ações e dos serviços de saúde (arts. 11 e 13), entre outros.

48 Além da Constituição Federal de 1988 (arts. 6º e 196 e ss), da Lei n. 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), da Lei n. 8.142/90 (Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde), da Lei n. 12.401/2011 (Altera a Lei n. 8.080/90 para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS), do Decreto n. 7.508/2011 (Regulamenta a Lei n. 8.080/90 para dispor sobre a organização do SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa) e do Decreto n. 7.646/2011 (Dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo SUS), existe a Portaria n. 3.916/98 (Aprova a Política Nacional de Medicamentos), a Resolução CNS n. 338/2004 (Aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica), a Portaria GM/MS n. 399/2006 (Divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do referido Pacto), a Portaria GM/MS n. 204/2007 (Regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento – componentes Básico, Estratégico e Especializado –, com o respectivo monitoramento e controle), a Resolução da Comissão Intergestores Tripartite n. 1/2012 (Diretrizes Nacionais da Renome no âmbito do SUS), a Portaria GM/MS n. 1.554/2013 (Dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do SUS), a Portaria GM/MS n. 1.555/2013 (Dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Básico da Assistência Farmacêutica no âmbito do SUS) e a Portaria GM/MS n. 1/2015 (Rename 2014), sem contar as normas expedidas pelas Secretarias Estaduais, Secretarias Municipais e outras relacionadas com políticas públicas localizadas.

49 A judicialização se refere à massificação de demandas e de conflitos perante o Judiciário.

50 Essa situação remete ao debate corrente entre a satisfação do mínimo existencial e a reserva do possível. O “mínimo existencial” diz respeito ao fato de se assegurar as condições básicas de vida digna ao ser humano, enquanto a expressão “reserva do possível” se relaciona à ideia de que a efetividade dos direitos sociais está na dependência das capacidades financeiras do Estado (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Bentti (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 29).

51 Holmes e Sunstein levantaram a discussão sobre o custo dos direitos arguindo que a eficácia dos direitos depende dos impostos. Os autores sustentam a tese de que o direito custa dinheiro (rights cost money), na medida em que não pode ser protegido ou obrigado sem suporte econômico ou financiamento público (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 13 e 35).

52 Em 24/11/2017, por exemplo, o STF noticiou em sua página eletrônica a manutenção de uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que determinava à Fundação Municipal de Saúde de Niterói (RJ) que fornecesse o remédio “canaquinumabe” a uma portadora da Deficiência de Mevalonato Quinase. Naquela oportunidade, o Município de Niterói alegou que o medicamento não era autorizado pela ANVISA para o tratamento da doença que a paciente possuía e que custava R\$ 612 mil por ano, o correspondente a 4,1% da rubrica orçamentária destinada à aquisição de medicamentos para a população como um todo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mantida decisão que determina fornecimento de remédio a paciente com doença rara. Notícias STF, 24 de novembro de 2017. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=362752>. Acesso em: 15 fev. 2018).

aproximação entre direito e economia, percebe-se com mais clareza que os direitos têm custos, que os recursos são escassos, que as ações geram reações ou consequências, que as normas também produzem externalidades, que o êxito na judicialização incentiva novas demandas, assim como políticas públicas de saúde mal geridas provocam distorções no sistema. Para uma ideia mais concreta acerca dos custos desses direitos e a necessidade de eficiência, aborda-se a seguir o impacto dos gastos das políticas de saúde e sua judicialização.

6 O IMPACTO DOS GASTOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E DE SUA JUDICIALIZAÇÃO: O RETRATO DA INEFICIÊNCIA NOS DADOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E DO BANCO MUNDIAL

Os gastos públicos em saúde envolvendo a concessão de medicamentos são atualmente preocupantes, na medida em que crescem de forma vertiginosa. Um exemplo pode ser visto no caso da concessão de medicamentos pelo governo federal por determinação judicial. Em 2010, o gasto foi de R\$ 122 milhões; em 2011, de R\$ 230 milhões; em 2012, de R\$ 367 milhões; em 2013, de R\$ 549 milhões; em 2014, de R\$ 839 milhões; em 2015, de R\$ 1,1 bilhão e, em 2016, de R\$ 1,6 bilhão. Um crescimento em 2016, comparado com 2010, de mais de 1.233%.⁵³ As despesas com determinações judiciais de atendimento à saúde envolvendo a União, os Estados e os Municípios foi de, aproximadamente, R\$ 7 bilhões, somente no ano de 2017.⁵⁴ Tal situação remete, inevitavelmente, à conclusão de ineficiência da prestação da saúde pública no país.

A gravidade do problema pode ser verificada mais detalhadamente nas conclusões da auditoria operacional realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), no período de 26/10/2015 a 29/01/2016, que teve por objetivo identificar o perfil, o volume e o impacto das ações judiciais na área da saúde em âmbito nacional⁵⁵, a fim de buscar meios de mitigar os efeitos negativos da judicialização nos orçamentos e no acesso dos usuários à assistência à saúde.⁵⁶

Os dados coletados de 9 Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais evidenciaram uma tendência de crescimento dos processos relacionados à saúde pública entre 2013 e 2014, com uma maior concentração na Justiça Estadual. Nos processos analisados, a maior parte tratava do fornecimento de medicamentos e de tratamento médico-hospitalar, assim como se observou a predominância da litigância individual, mediante atuação da advocacia privada e da defensoria pública.

Em relação ao Ministério da Saúde, verificou-se que o número de ações judiciais federais era crescente e sua proporção por habitante era maior em Estados das regiões Sul, Centro-Oeste e Sudeste. A média nacional de processos judiciais recebidos pelo Ministério da Saúde por 100 mil habitantes dobrou de 3, em 2010, para 6, em 2014. Outra constatação foi de que os Estados com maior índice de ações federais por habitante possuíam Municípios com maior Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM), indicando uma ausência de relação causal entre judicialização da saúde e subdesenvolvimento em saúde.

53 COLLUCCI, Cláudia. SP cede à União "detector" de fraude em ações por medicamentos. Cotidiano. Folha de S. Paulo. 21 de julho de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/07/1903086-sp-cede-a-uniao-detector-de-fraude-em-acoes-por-medicamentos.shtml>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

54 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ avança para qualificar decisões judiciais sobre gastos com saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84486-cnj-avanca-na-qualificacao-da-judicializacao-para-otimizar-gasto-de-saude>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

55 A partir da disponibilidade de suas unidades regionais, o TCU selecionou Estados e Municípios para a avaliação, tendo como critério a capital de cada Estado e um outro Município, situado fora da região metropolitana da capital, com uma das seguintes características: histórico de alta judicialização da saúde e/ou maior população. Dentre os Municípios, foram pesquisados: Belo Horizonte/MG, Divinópolis/MG, Florianópolis/SC, Joinville/SC, Cuiabá/MT, Sinop/MT, Natal/RN, Mossoró/RN, Rio de Janeiro/RJ, Araruama/RJ, São Paulo/SP, São José do Rio Preto/SP, Porto Alegre/RS, Santa Maria/RS, Curitiba/PR, Londrina/PR e Santana/AP.

56 A fiscalização objeto da auditoria culminou com a Decisão n. 1787/2017, proferida em 16/08/2017 (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1787/2017 - Plenário. Rel.: Min. Bruno Dantas. Data julg.: 16.08.2017).

Os auditores do TCU verificaram que os valores gastos pelo Ministério da Saúde no cumprimento das decisões judiciais nessa área aumentaram mais de 14 vezes nos últimos 8 anos. Em 2015 foram gastos mais de R\$ 1 bilhão, sendo que, em 2008, esses valores eram de aproximadamente R\$ 70 milhões. Ainda assim, os auditores consideraram que tais valores estavam subestimados, pois se referiam ao cumprimento de decisões judiciais quando era necessária a aquisição de medicamentos e insumos, já que havia outros tipos de gastos, como, por exemplo, depósitos em contas judiciais, pagamento direto a beneficiários e fretes, além da retirada de um medicamento de um programa já existente, no caso de a demanda judicial tratar de uma terapêutica pertencente ao SUS.

A maior parte dos gastos com medicamentos judicializados do Ministério da Saúde se referia a itens não incorporados ao SUS. Durante o período de 2010 a 2015, o Ministério da Saúde despendeu mais de R\$ 2,7 bilhões com compras determinadas judicialmente. Desse valor, a maioria (54% ou R\$ 1,9 bilhão) foi gasto com a compra de apenas 3 medicamentos: Elapraxe® (idursulfase), Naglazyme® (galsulfase) e Soliris® (eculizumabe)⁵⁷. Em 2014, quando o Soliris® e o Naglazyme® representavam 55% do total gasto pelo Ministério com o cumprimento de ordens judiciais, o custo médio anual por paciente atendido com esses medicamentos era de mais de R\$ 1 milhão. Foi destacado também que, até o momento da auditoria, o Soliris® não possuía registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Quanto aos gastos das Secretarias Estaduais de Saúde com a judicialização, os dados indicaram que, juntas, elas despendiam muito mais recursos do que o Ministério da Saúde. Somente as Secretarias de Saúde de Minas Gerais, Santa Catarina e São Paulo gastaram, nos anos de 2013 e 2014, mais de R\$ 734 milhões e R\$ 772 milhões, respectivamente. Já o Ministério da Saúde gastou, no mesmo período, cerca de R\$ 435 milhões e R\$ 698 milhões, respectivamente.

No tocante ao tipo de gasto com a judicialização da saúde, os dados dos anos de 2013 e 2014 das Secretarias Estaduais de Saúde de Minas Gerais, Santa Catarina e São Paulo indicaram que os medicamentos representavam mais de 80% do valor despendido com a judicialização. Em Santa Catarina e São Paulo, os medicamentos que não pertenciam às relações do SUS representavam mais de 50% do total gasto com medicamentos judicializados em 2013. Esse índice foi superior a 65% em 2014. Ainda a respeito desse tipo de gasto, foi observado que dos 19 medicamentos responsáveis pelos maiores gastos (em termos percentuais) nesses Estados para o referido período, 10 eram medicamentos não incorporados ao SUS, sendo que 3 deles já haviam tido a sua análise de incorporação ao SUS indeferida pela CONITEC.

No Estado de São Paulo, os medicamentos do componente especializado da assistência farmacêutica e os oncológicos tiveram importante participação nos gastos com judicialização (35,94% e 24,09%, nos anos de 2013 e 2014, respectivamente). No Distrito Federal, segundo os dados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), relativos aos processos de primeira instância autuados em 2013 e 2014, 32% deles diziam respeito a Unidade de Terapia Intensiva (UTI) ou Unidade de Cuidados Intensivos (UCI). A Procuradoria-Geral do Distrito Federal (PGDF) reportou, durante a fiscalização, que 55% das ações judiciais referentes ao período de 2010 a 2014 diziam respeito a UTI.

Nesse contexto de judicialização apontada pelo Tribunal de Contas da União também cabe acrescentar as ocorrências de fraudes, as quais ajudam a impulsionar os gastos com saúde. Citem-se, como exemplos, a fraude identificada pela polícia na operação "Garra Rufa", em que se descobriu que o Estado de São Paulo foi compelido judicialmente a fornecer medicamentos para pacientes que não eram portadores da doença ou para aqueles em que o grau da doença não justificava o uso da medicação, bem como outra fraude em que a maioria dos pacientes desconhecia que era parte na ação judicial contra o Estado e muitos nem sequer possuíam a doença.⁵⁸

57 O Elapraxe é utilizado no tratamento da mucopolissacaridose tipo 2, enquanto o Naglazyme é usado para a mucopolissacaridose tipo 6 e o Soliris para o tratamento da síndrome hemolítico-urêmica.

58 PINHO, Angela. Governo vê uso de brasileiro como cobaia por laboratório estrangeiro. Cotidiano. Folha de S. Paulo. 11 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/08/1909010-governo-ve-uso-de-brasileiro-como-cobaia-por-laboratorio-estrangeiro.shtml>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

Constata-se que os gastos públicos ineficientes não se limitam à judicialização da saúde, mas também à própria execução das políticas públicas. O exemplo está no relatório do Banco Mundial⁵⁹, publicado em novembro de 2017 e que contém uma análise minuciosa sobre os gastos públicos no Brasil, em áreas como previdência social, folha de pagamento dos servidores públicos, aquisições públicas, assistência social, educação, saúde, mercado de trabalho e políticas de desenvolvimento do setor privado.⁶⁰ A conclusão é de que os governos (federal, estaduais e municipais) gastam recursos de maneira ineficiente e, muitas vezes, injusta, ao beneficiarem os mais ricos, em detrimento dos mais pobres.

No tocante às políticas públicas de saúde, o diagnóstico revela que cerca de 0,3% do PIB poderia ser economizado adotando-se maior eficiência a nível local, assim como mais 0,3% com o fim dos créditos tributários do IRPF para despesas privadas com saúde. Ao comparar os níveis de eficiência dos municípios, o estudo identificou a possibilidade de ganhos em torno de 37% no atendimento primário (economia potencial de R\$ 9 bilhões) e de 71% nos serviços secundários e terciários (economia potencial de R\$ 12 bilhões), o que poderia gerar uma economia potencial de 0,3% do PIB.

Em relação ao PIB, o Brasil gasta em saúde tanto quanto a média entre os países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁶¹ e mais do que os seus parceiros, sendo que a maior parte desses gastos ocorre fora do setor público. No Brasil, o gasto total com saúde é de 9,2% do PIB, comparável com a média dos países membros da OCDE (8,9%) e maior do que a média dos seus parceiros estruturais⁶² e regionais⁶³ (5,8% e 7,4%, respectivamente).

Em termos *per capita*, o Brasil gasta menos do que a média entre os países da OCDE, porém, mais do que os seus parceiros regionais e estruturais. A despesa total *per capita* com saúde no Brasil (US\$ 1,334) é 35% da média entre os países da OCDE (US\$ 3,817), 153% dos seus parceiros estruturais (US\$ 873), 127% dos regionais (US\$ 1,054) e 141% maior do que a média entre os países do BRICS⁶⁴ (US\$ 949). O relatório também ressalta que o setor público gasta recursos significativos por meio de despesas tributárias, especialmente para subsidiar seguros privados de saúde (0,5% do PIB).

Quanto ao atendimento primário, identificou-se que a maior parte dos municípios apresenta alta produtividade (relativamente eficiente no uso de recursos) e baixo desempenho, ao passo que, nos atendimentos secundário e terciário, a maioria revela baixa produtividade e baixo desempenho.⁶⁵ Essa situação de atendimento primário é verificada principalmente nos municípios das regiões relativamente pobres (Norte e Nordeste), que sofrem mais restrições de recursos. Em relação aos atendimentos mais complexos, o desempenho da maioria dos municípios é igualmente baixo. Em termos regionais, os municípios das regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste, que têm um gasto *per capita* mais alto com saúde primária, são os menos eficientes, ao passo que os municípios do Norte e Nordeste, que gastam menos, são mais eficientes. A eficiência está relacionada à escala, considerando o tamanho do município, o número de leitos e o tamanho dos hospitais.

59 BANCO MUNDIAL. Um ajuste justo: análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil. Novembro de 2017. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/pt/country/brazil/publication/brazil-expenditure-review-report>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

60 Valetambém registrar que o relatório do Banco Mundial não ficou imune a críticas, como, por exemplo, por ter feito uma leitura essencialmente econométrica, desconsiderando a legislação e o funcionamento do ensino superior e da educação básica no Brasil, o indicador utilizado para medir a eficiência das universidades públicas, entre outras. (BRASIL. Relatório do Banco Mundial distorce dados e ignora a realidade do país, alertam especialistas. País. Jornal do Brasil. 02 de dezembro de 2017. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/12/02/relatorio-do-banco-mundial-distorce-dados-e-ignora-a-realidade-do-pais-alertam-especialistas/>>. Acesso em: 27 mar. 2018).

61 Os países membros da OCDE são: Estados Unidos, Suécia, Alemanha, Suíça, Holanda, França, Canadá, Bélgica, Dinamarca, Áustria, Japão, Nova Zelândia, Grécia, Portugal, Espanha, Noruega, Islândia, Itália, Eslovênia, Austrália, Finlândia, Reino Unido, Irlanda, Rep. da Eslováquia, Israel, Hungria, Coreia, Rep. Checa, Polônia, Lituânia, Estônia, Letônia e Luxemburgo.

62 Os parceiros estruturais são: África do Sul, Fed. Russa, China, Turquia, Índia e Indonésia.

63 Os parceiros regionais são: Costa Rica, Chile, Colômbia e México.

64 Os países do BRICS são: Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul.

65 O desempenho constitui uma medida comparativa de produtos e resultados entre vários municípios, sem considerar restrições de recursos, enquanto que a produtividade é calculada pela relação entre o desempenho e os gastos.

Em relação ao tamanho do município, os dados mostram que a eficiência média é mais baixa entre os municípios com menos de 5.000 habitantes. No atendimento secundário e terciário, a tendência de maior eficiência nos municípios maiores é mais clara que no atendimento primário. Quanto ao atendimento hospitalar, as pontuações médias de eficiência dos municípios com mais de 100.000 habitantes são quase quatro vezes superiores à média encontrada em municípios com menos de 5.000 habitantes.

A economia potencial nos gastos com saúde está relacionada à escala ineficiente de prestação de serviços, sobretudo nos hospitais. Segundo os pesquisadores do Banco Mundial, o sistema brasileiro de saúde possui um grande número de pequenos hospitais, construídos para prestar serviços em regiões menos urbanizadas. A maioria dos hospitais brasileiros opera em pequena escala e 61% possui menos de 50 leitos, sendo que o tamanho ideal estimado é de 150 a 200 leitos para obter economias de escala. Além disso, as taxas de ocupação dos leitos também são consideradas muito baixas, sendo, em média, 45% nos hospitais do SUS e apenas 37% nas unidades de terapia intensiva. Comparativamente, observa-se que esses números estão abaixo das médias da OCDE (71%) e da taxa de ocupação desejável (entre 75% e 85%). Os dados revelam, ainda, a falta de integração do sistema como um fator da ineficiência, pois, quanto mais eficiente for o atendimento primário de um município, mais eficiente será seu atendimento hospitalar (secundário e terciário), tendo em vista que um atendimento primário robusto contribui para racionalizar a demanda e melhorar os resultados em todo o sistema.

Como se percebe, a partir de quaisquer dados, tanto do Tribunal de Contas da União quanto do Banco Mundial, é possível visualizar a situação preocupante e drástica por que passam as políticas públicas de saúde no Brasil, agravadas pela judicialização. De um lado, as pesquisas revelam que os serviços públicos de saúde podem ser melhorados em quantidade e qualidade, desde que levados em consideração aspectos não apenas de efetividade, mas também de eficiência, de modo que a maior atenção à eficiência implica poder oferecer mais serviços de saúde com os mesmos recursos. Por outro, as pesquisas também demonstram que a judicialização da saúde, especialmente na área de concessão de medicamentos, é geradora de ineficiência no âmbito da Administração Pública (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), porquanto as determinações judiciais desalocam recursos previamente destinados à coletividade para satisfazer interesses individuais, desorganizando as contas públicas e a própria política pública de saúde.

É sabido que a questão da judicialização do direito fundamental à saúde é bastante complexa e de difícil solução a curto prazo. Por ser um fenômeno crescente e que desorganiza a política pública de saúde planejada pelo Poder Executivo, urge enfrentar o desafio da impossibilidade de uma limitação orçamentária atender a todas as demandas judiciais que pleiteiam esse direito fundamental. Em que pese a legitimidade do indivíduo isoladamente buscar, via Judiciário, a satisfação do seu direito à saúde, os efeitos negativos sobre as políticas públicas nessa área, previamente planejadas pela Administração, implicam a desalocação de recursos para atendimento da coletividade. Daí a necessidade de não se desprezar os aspectos de eficiência (nas suas variadas acepções), que por possuir conteúdo nitidamente econômico exige uma análise interdisciplinar do fenômeno.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se verificou ao longo do estudo, o problema relacionado à ineficiência dos gastos com políticas públicas no Brasil, especialmente em relação à saúde e sua judicialização, não deve ignorar o olhar interdisciplinar entre direito e economia, sobretudo os aportes teóricos da análise econômica do direito. Partindo da ideia de que os direitos realmente têm custos e que os recursos públicos são escassos, a aplicação eficiente desses valores repercute na concretização dos direitos humanos e fundamentais, conforme demonstrado nos dados do Banco Mundial e do Tribunal de Contas da União.

A abordagem histórica da análise econômica do direito auxilia a desmitificar a opinião de que esse movimento se preocupa apenas com questões de ordem monetária, juros, inflação, preços, tributação ou mercados, ou que procura reduzir tudo a objeto de comércio. Ficou evidenciado que o principal enfoque cuida do estudo do comportamento humano num ambiente de escassez de recursos, procu-

rando demonstrar como os indivíduos tomam decisões e respondem a incentivos fornecidos pela norma jurídica. Não obstante a diversidade de escolas ou correntes, trata-se de um pensamento jurídico que permite explicar o comportamento dos indivíduos frente às normas, vislumbrando as suas consequências no tocante ao cumprimento ou não das obrigações legais, sendo plenamente aplicável a questões políticas e sociais.

Verificou-se também que a relação interdisciplinar entre direito e economia não se revela contraditória ou conflitante, como pode parecer a partir da mera constatação da diferença entre os seus métodos. Pelo contrário, o papel da economia na interdisciplinaridade com o direito é contribuir para o planejamento dos gastos públicos, escolhendo prioridades de alocação de recursos e realização de despesas sociais, visando a atender ao maior interesse da sociedade e do desenvolvimento. Levar em conta as implicações econômicas da Administração Pública e das decisões judiciais em sede de políticas públicas serve também para compreender a crise do Estado contemporâneo, da democracia e da efetivação dos direitos humanos e fundamentais sociais.

Para além de conceber o direito essencialmente como provedor de justiça, a análise econômica propõe que as leis e as decisões jurídicas funcionem como incentivos para modificar o comportamento dos indivíduos, a fim de atingir os objetivos das políticas públicas, entre os quais a distribuição, a efetividade e a eficiência. Nesse cenário, a análise econômica constitui uma metodologia importante para a tomada de decisão que não deve ser desprezada. Assim, se a judicialização for concebida como uma atividade econômica e se torna uma atividade lucrativa para quem demanda, espera-se que maiores recursos sejam investidos na atividade por quem quer lucrar com ela (incentivos). Se a chance de êxito aumenta, mais pessoas são levadas a promover a judicialização. A alta probabilidade de sucesso dessas demandas perante o Judiciário também gera demanda e relativa facilidade de acesso à Justiça.

Em que pese também não haver uniformidade na definição do termo eficiência, tanto entre juristas quanto entre economistas, os principais conceitos dados por Coase, Pareto, Kaldor-Hicks e Posner auxiliam bastante na sua aplicação, superando a superficialidade com que costuma ser tratada no direito administrativo. Desse modo, torna-se importante o caráter interdisciplinar para a compreensão do princípio da eficiência positivado na Constituição Federal e na legislação administrativa, assim como a sua leitura à luz da análise econômica do direito, para que a utilização dos recursos públicos seja devidamente convertida em desenvolvimento social e concretização de direitos fundamentais sociais, a exemplo do direito à saúde.

A análise aprofundada sobre os gastos públicos no Brasil feita pelo Banco Mundial confirma, em grande medida, a aplicação dos pressupostos da análise econômica, quando a partir das noções de desempenho e produtividade conclui que os governos (federal, estaduais e municipais) gastam mais do que podem e de forma ineficiente, além de não cumprirem integralmente seus objetivos, realizando inclusive gastos públicos injustos, ao beneficiarem os mais ricos, em detrimento dos mais pobres. É o caso, por exemplo, de que em relação às políticas públicas de saúde cerca de 0,3% do PIB poderia ser economizado através de melhorias de eficiência a nível local, mantendo o mesmo padrão de serviços de saúde.

O impacto da atuação eficiente nas políticas públicas de saúde é tão grande que os números do relatório do Banco Mundial remetem a uma séria reflexão acerca do que a boa aplicação dos recursos poderia gerar para a sociedade. Ao comparar os níveis de eficiência dos municípios, por exemplo, o estudo identificou a possibilidade de ganhos em torno de 37% no atendimento primário (economia potencial de R\$ 9 bilhões) e de 71% nos serviços secundários e terciários (economia potencial de R\$ 12 bilhões), o que poderia gerar uma economia potencial de 0,3% do PIB.

Entre as causas da ineficiência está a fragmentação do sistema público de saúde, especialmente do alto número de pequenos hospitais, impedindo economias de escala na prestação de serviços. A economia potencial nos gastos com saúde, segundo o relatório, está relacionada a uma escala ineficiente de prestação de serviços, sobretudo nos hospitais. O demasiado número de pequenos hospitais reflete a necessidade de equilibrar o acesso a serviços hospitalares com o tamanho ideal dos hospitais e a escala de serviços. Verificou-se que a maioria dos hospitais brasileiros opera em pequena escala e 61% possui

menos de 50 leitos, sendo que o tamanho ideal estimado é de 150 a 200 leitos para obter economias de escala. Além disso, as taxas de ocupação dos leitos também são consideradas muito baixas.

Já na esteira das conclusões da auditoria realizada pelo TCU, observou-se que há necessidade de que os gestores adotem medidas para coleta, processamento e análise de dados referentes às ações judiciais de saúde, assim como para detecção de fraudes, de forma permanente. Além disso, é imprescindível elaborar um diagnóstico preciso sobre o impacto da judicialização no orçamento e na gestão pública da saúde, a partir do cruzamento de dados, do monitoramento de pacientes beneficiários das decisões judiciais e dos medicamentos e insumos pleiteados. Também é necessário que as unidades gestoras adotem a prática de divulgação transparente e periódica de informações e dados estatísticos sobre a judicialização da saúde para os órgãos envolvidos, as universidades, os pesquisadores, as organizações sociais e o público interessado, notadamente porque os recursos são públicos, além de incentivar a participação de todos na solução do problema.

Diante desse quadro, conclui-se que os serviços públicos de saúde podem ser melhorados em quantidade e qualidade, desde que levados em consideração aspectos não apenas de efetividade, mas também de eficiência. Os desafios são enormes em um país continental como Brasil, não mais se podendo tolerar políticas públicas ineficientes, especialmente porque os anos vindouros desafiarão o sistema com o envelhecimento da população e as doenças crônicas decorrentes do aumento da expectativa de vida. Daí a importância da identificação da fronteira e do necessário diálogo interdisciplinar entre direito e economia na busca pela efetividade e eficiência das políticas públicas de saúde no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, jul/dez 2006.

ARAÚJO, Fernando. **Análise econômica do direito**: programa e guia de estudo. Coimbra: Almedina, 2008.

BANCO MUNDIAL. **Um ajuste justo**: análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil. Novembro de 2017. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/pt/country/brazil/publication/brazil-expenditure-review-report>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. **Revista Interesse Público** – IP, Belo Horizonte, ano 14, n. 76, nov./dez. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=83932>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ avança para qualificar decisões judiciais sobre gastos com saúde**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84486-cnj-avanca-na-qualificacao-da-judicializacao-para-otimizar-gasto-de-saude>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

_____. Relatório do Banco Mundial distorce dados e ignora a realidade do país, alertam especialistas. **Jornal do Brasil**. 02 de dez. 2017. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/12/02/relatorio-do-banco-mundial-distorce-dados-e-ignora-a-realidade-do-pais-alertam-especialistas/>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mantida decisão que determina fornecimento de remédio a paciente com doença rara. **Notícias STF**. 24 de nov. 2017. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=362752>. Acesso em: 15 fev. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1787/2017** – Plenário. Rel.: Min. Bruno Dantas. Data julg.: 16 ago. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economic**. V. 3, 1960.

COLEMAN, Jules L. Efficiency, exchange, and auction: philosophic aspects of the economic approach to law. V. 68, Cal. L. Rev. 221, 1980.

_____. Efficiency, utility, and wealth maximization. **Faculty Scholarship series**. Paper 4202, 1980.

COLLUCCI, Cláudia. SP cede à União “detector” de fraude em ações por medicamentos. Cotidiano. **Folha de S. Paulo**. 21 de julho de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/07/1903086-sp-cede-a-uniao-detector-de-fraude-em-aco-es-por-medicamentos.shtml>> Acesso em: 17 jan. 2018.

COOTER, Robert. Law and the imperialism of economics: an introduction to the economic analysis of law and review of the major books. **UCLA Law Review** 1260, v. 29, 1981.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FRAGA, Érica. Estudo do comportamento na tomada de decisões rende Nobel de Economia. Mercado. **Folha de S. Paulo**. 09 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/10/1925486-estudo-do-comportamento-na-tomada-de-decisoes-rende-nobel-de-economia.shtml>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). **Encyclopedia of Law and Economics**. V. 1. Cheltenham: Edward Elgar, 2000.

MATHIS, Klaus. Consequentialism in Law. In: MATHIS, Klaus (ed.). Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations. University of Lucerne, **Switzerland**, 2012, p. 6. Disponível em: <https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/mathis/Dok/6_Mathis_Consequentialism_in_Law.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 04/02/2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond**. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins fontes, 2011.

PINHO, Angela. Governo vê uso de brasileiro como cobaia por laboratório estrangeiro. Cotidiano. **Folha de S. Paulo**. 11 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/08/1909010-governo-ve-uso-de-brasileiro-como-cobaia-por-laboratorio-estrangeiro.shtml>> Acesso em: 17 fev. 2018.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**. Belo Horizonte, Ano 1, n. 2, jan./dez. 2004.

POSNER, Richard A. **Some Uses and Abuses of Economics in Law**. University of Chicago Law Review, v. 46, n. 2, 1979.

_____. The Cost of Rights: Implications for Central and Eastern Europe - And for the United States. **Tulsa Law Journal**. V. 32. N. 1, 1996.

_____. The Economic Approach to Law. **Texas Law Review**, V. 53, n. 4, 1975.

ROBBINS, Lionel. **An essay on the nature and significance of economic science**. London: MacMillan & Co. Limited, 1932.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (Coord.). **Agenda contemporânea: direito e economia**. Trinta anos de Brasil (Tomo I). São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988**.

Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHUMPETER, Joseph A. **History of Economic Analysis**. New York: Oxford University Press, 1954.

SPECTOR, Horacio. Justicia y bienestar. Desde una perspectiva de derecho comparado. **Doxa**, n. 26, 2003.

TREMEL, Rosangela. Princípio constitucional da eficiência: evolução do conceito e sua concretização na justiça trabalhista brasileira. Unisul De Fato e De Direito - **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**. v. 9, n. 16, jan./jul. 2018.

DIA DO ORGULHO LGBTI: DIA DE FESTA E DE LUTA!

Maria Berenice Dias¹

1998 é considerado o ano que não acabou.

Foi quando eclodiu o movimento de contracultura, promovendo a mais significativa reviravolta na história contemporânea.

Surgiu em Paris, com os alunos Sorbonne questionando o perfil conservador da Universidade.

O Festival de Woodstock cantou “paz e amor”.

A busca da liberdade era expressa pelo lema “é proibido proibir”.

A partir daí, a mobilização espalhou-se mundo a fora.

Os reflexos chegaram ao Brasil pelo Tropicalismo, na voz dos Novos Baianos.

E, há exatos 49 anos, no dia 28 de junho de 1969, em Nova Iorque, no bar Stowall, frequentado pela população LGBTI, houve um confronto com a polícia contra as reiteradas agressões, invasões e perseguição que sofriam.

A data, reconhecida como o Dia Internacional do Orgulho LGBTI, é marcada por paradas e manifestações públicas, na busca de respeito, de voz, de vez.

No entanto, o reconhecimento dos direitos, somente começou neste século.

Enquanto em todos os países as conquistas são asseguradas por leis, no Brasil, a inércia legislativa levou a justiça a se transformar em garantidor da cidadania desta parcela da população que é alvo, ainda, de perversa discriminação.

Foi o Judiciário que reconheceu os vínculos homoafetivos como entidade familiar, assegurando aos casais formados por pessoas do mesmo sexo todos os direitos: acesso ao casamento, à adoção, bem como aos direitos previdenciários e sucessórios.

Também foi a Justiça que, recentemente, garantiu aos transgêneros, o direito à alteração do nome e da identidade sexual, diretamente junto ao registro civil, por autodeclaração, mesmo que não tenha se submetido a qualquer tratamento hormonal ou intervenção cirúrgica.

Apesar de todos estes avanços, não é respeitado o direito à vida. O Brasil é o campeão de mortes em razão da orientação sexual ou identidade de gênero: uma a cada 19 horas.

Isto porque a LGBTIfobia não é crime! Não há lei que puna as agressões que alguém é alvo pelo simples fato de não corresponder ao modelo identificado como “normal”, de viver e amar.

Deste modo, a luta precisa continuar, para que seja aprovada uma legislação que assegure os direitos conquistados judicialmente e que tipifique os atos de ódio como crime.

O PLS 134/2008 – Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero, apresentado ao Senado Federal por iniciativa popular, acompanhado de 100 mil assinaturas, atende a este propósito. Foi elaborado pela Comissão de Diversidade Sexual e Gênero da OAB, com a participação dos movimentos sociais.

Ou seja, muito se tem a festejar, mas também, muito ainda a se fazer.

¹Presidente Nacional da Comissão de Diversidade Sexual e Gênero da OAB e da Comissão de Direito Homoafetivo e Gênero do IBDFAM

CONDENAÇÕES NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DA OEA: UMA FOTOGRAFIA DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA

CONDENACIONES EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE LA OEA: UNA FOTOGRAFÍA DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA

Milene Pacheco Kindermann¹

Resumo: A pesquisa levantou nas condenações dadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos/OEA o perfil de desrespeito aos DH, localizando as agressões aos DH realizadas pelos países condenados e a tutela concedida aos cidadãos americanos. A pesquisa foi descritiva, com método dedutivo, nível exploratório, abordagem quali-quantitativa. O procedimento foi histórico e monográfico, com coleta de dados bibliográfica e documental. As fontes primárias foram 208 sentenças de mérito da Corte IDH (de 1988 a 2017). O perfil de violações aos DH refere-se somente aos países da América Latina, com destaque ao Peru, o maior violador. Os DH que sofreram mais violações foram os direitos básicos à vida e à integridade física, bem como a liberdade pessoal. Os DH não violados foram os de indenização, de retificação ou resposta, e os menos violados foram os de reunião, de nacionalidade e a liberdade de consciência e de religião. Treze outros DH listados no Pacto foram medianamente violados.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentenças.

Resumen: La investigación levantó en las condenas dadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos /OEA el perfil de irrespeto a los DH, localizando las agresiones a los DH realizadas por los países condenados y la tutela concedida a los ciudadanos americanos. La investigación fue descriptiva, con método deductivo, nivel exploratorio, enfoque cualitativo y cuantitativo. El procedimiento fue histórico y monográfico, con recolección de datos bibliográfica y documental. Las fuentes primarias fueron 208 sentencias de mérito de la Corte IDH (de 1988 hasta 2017). El perfil de violaciones a los DH se refiere solamente a los países de América Latina, con destaque a Perú, el mayor violador. Los DH que sufrieron más violaciones fueron los derechos básicos a la vida y la integridad física, así como la libertad personal. Los DH no violados fueron los de indemnización, de rectificación o respuesta, y los menos violados fueron los de reunión, de nacionalidad y la libertad de conciencia y de religión. Trece otros DH enumerados en el Pacto fueron violados de forma mediana.

Palabras clave: Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencias.

¹ Professora da Universidade do Sul de Santa Catarina- Unisul, desde 1992. Coordenou o curso de Relações Internacionais de 1996 a 2009. Foi Diretora do Campus Universitário de Tubarão de 2009 a 2013. Desde então é Coordenadora da área institucional da Extensão Universitária na Pró-Reitoria de Extensão. É pesquisadora e professora na área de Direito Internacional e Direitos Humanos.

1 INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos (DH), apesar de amplamente estudados, continuarão sendo, ao longo dos tempos, objeto de pesquisa. Os movimentos sociais nacionais e internacionais, liderados na maioria das vezes por ONGs, têm gerado a ampliação do rol de DH protegidos por normas, acompanhando a modernidade e o surgimento das novas tecnologias.

Para que a proteção dos DH deixasse de ser assunto de Estado e passasse a ser assunto da sociedade internacional, após a Segunda Guerra Mundial, mudou-se o paradigma de tratamento da temática. Com a criação da ONU – Organização das Nações Unidas (em 1945), os países aproximaram-se e desenvolveram o diálogo em direção à universalização dos DH, editando a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Desde então, diversos tratados têm sido construídos para que seja garantida a proteção destes direitos.

No entanto, não basta a construção de tratados, é necessária a existência de um sistema que garanta a sua aplicação. Em nível global, a ONU conta com uma sistemática de acompanhamento da execução dos tratados de DH por meio de Comissões ou Comitês, que têm a função de fiscalizar e orientar os Estados signatários das convenções no seu cumprimento. São nos sistemas regionais, entretanto, que se encontram meios mais efetivos de alcance desta proteção (PIOVESAN, 2006). Nos sistemas europeu, americano e africano há a promoção dos DH (feita por meio de tratados), o controle do atendimento aos tratados nos Estados (feito por meio de Comissões) e a garantia de cumprimento dos tratados quando violados (feita por meio das Cortes Internacionais).

O tema em estudo foi a proteção dos DH no sistema americano por meio da Corte Interamericana de DH. Este sistema constituiu-se no âmbito da Organização dos Estados Americanos – OEA, concebida em 1948 como um dos seus principais pilares. Para tanto, em 2 de maio do mesmo ano, foi aprovada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, como o marco inicial dos DH na América.

Além desse importante marco legal, outros tratados disciplinam os DH nos países americanos, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o Pacto de San José da Costa Rica), aprovado em 22 de novembro de 1969 e com entrada em vigor em 18 de Julho de 1978; a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 9 de dezembro de 1985, com vigor em 28 de fevereiro de 1987; o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), de 17 de novembro de 1988, com entrada em vigor em 16 de novembro de 1999; o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, de 8 de junho de 1990, em vigor desde 28 de agosto de 1991; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), de 9 de junho de 1994, com vigor em 5 de março de 1995; a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 9 de junho de 1994, em vigor desde 28 de março de 1996; e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, de 7 de junho de 1999, com entrada em vigor em 14 de setembro de 2001.

Já nesse milênio outras cartas e declarações foram adotadas, sendo do ano 2000 a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, de 2001 a Carta Democrática Interamericana, e de 2008 os Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017).

Para a atenção aos DH no sistema americano, foi concebido como órgão permanente da OEA, em 1959, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, que passou a atuar efetivamente a partir de 1960. Com a entrada em vigor em 1978 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (celebrada em 1969), houve o incremento da efetividade da Comissão, o estabelecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a mudança da natureza jurídica dos instrumentos nos que se baseia a estrutura institucional: de declaração (*soft law*) para tratados (*hard law*). Este tratado ampliou o sistema americano de proteção aos DH, listando os direitos protegidos, o sistema de controle destes direitos (a Comissão Interamericana de Direitos Humanos) e o sistema de garantia destes direitos (a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CorteIDH).

Com acesso possível ao sistema para os cidadãos, ONGs e Estados-partes, a Corte IDH tem assumido o papel de garantir os DH no território dos países signatários do tratado quando os Estados não suprem ao indivíduo o acesso às garantias, nos termos do artigo 46 do Pacto (BRASIL, 1992).

Nos dados disponíveis no sítio da Organização dos Estados Americanos (2017), verifica-se que dos 34 Estados Membros da organização, 23 são signatários do Pacto de São José da Costa Rica, sendo que a última ratificação deu-se em 1991, por Trindade e Tobago. Eram 24, mas dois deles denunciaram o tratado: Trindade e Tobago, em 1998, e Venezuela, em 2012. Não são signatários ainda, além dos dois países que denunciaram o Pacto, Antígua e Barbuda, Bahamas, Belize, Canadá, Estados Unidos, Guiana, São Cristóvão e Neves, Santa Lúcia, São Vicente & Granadinas.

No sítio da Corte, verifica-se que 22 países já foram chamados a responder processos de desrespeito aos DH, estando em supervisão de cumprimento 334 decisões contra os Estados, tanto preliminares quanto de mérito, no ano de 2017 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017).

A pesquisa destinou-se, então, a levantar nas sentenças de mérito o perfil americano de desrespeito aos DH, localizando as agressões aos DH realizadas pelos países condenados e a tutela concedida pela Corte aos cidadãos americanos no continente. Para o desenvolvimento do projeto, adotou-se como pergunta de pesquisa: **qual é o perfil de desrespeito aos DH tutelados no Pacto de São José da Costa Rica, a partir da garantia oferecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA?**

O objetivo geral foi o de avaliar o descumprimento do Pacto de São José da Costa Rica pelos países americanos a partir da identificação do perfil de desrespeito aos Direitos Humanos nos Estados-Partes do pacto, em razão das condenações impostas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA. E como objetivos específicos: a) listar os direitos humanos tutelados no Pacto de São José da Costa Rica; b) estudar as estruturas do sistema americano de proteção dos DH previstas no Pacto de São José da Costa Rica; c) identificar todos os casos contenciosos sob a análise da Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA; d) levantar nas sentenças já prolatadas quais foram os DH infringidos pelos Estados e as penalidades a eles impostas; e) analisar os dados levantados, identificando o perfil de descumprimento dos direitos tutelados pelo Pacto de São José da Costa Rica.

2 MÉTODOS

Tratou-se de estudo com finalidade descritiva, cujo método de abordagem utilizado foi o dedutivo. A pesquisa teve nível exploratório, com abordagem pelo método quali-quantitativo. Os métodos de procedimento foram o histórico e o monográfico.

O procedimento de coleta de dados foi bibliográfico e documental, tendo como fontes primárias 208 sentenças de mérito dos casos contenciosos da Corte IDH da OEA, no período entre 1988 e 2017, disponíveis em meio eletrônico, e como fontes secundárias livros, artigos e outras publicações disponíveis em meios eletrônicos ou impressos.

Inicialmente, foi feito o levantamento de dados, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, sobre os DH tutelados e sobre as estruturas do sistema americano de proteção dos DH previstos no Pacto de São José da Costa Rica. Em seguida, foi elaborado formulário na ferramenta Excel para coleta dos DH infringidos pelos Estados nos casos contenciosos sentenciados pela Corte IDH. Foi feita a leitura das sentenças e o preenchimento do formulário de coleta, indicando os artigos da Convenção que serviram de fundamento para cada condenação estabelecida nas sentenças. O levantamento dos dados foi registrado em fichamentos e planilhas. A análise dos dados coletados foi feita à luz dos referenciais teóricos e documentais (tratados de DH).

3 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Primeiramente, um dos resultados alcançados refere-se à área de abrangência da competência da Corte IDH e das obrigações do Pacto de São José da Costa Rica. Nota-se que esse Pacto, que estabelece o sistema interamericano de DH, refere-se territorialmente à praticamente a América Latina, pois EUA e Canadá e alguns países caribenhos ainda não ratificaram o Pacto. Isso limita territorialmente o escopo do projeto ao desenho de perfil de violações de DH somente para parte da América e não sua totalidade.

A América Latina, isto é, a parte territorial da América inicialmente pertencente aos países falantes de línguas latinas (Portugal, Espanha e França), é composta de 20 países (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela) e duas dependências (Guiana Francesa e Porto Rico). Todos esses países independentes fazem parte da OEA e são (ou foram) signatários do Pacto. Dos 22 países com condenações na Corte IDH, não compõem a América Latina Barbados (com 2 condenações), Suriname (com 5 condenações) e Trindade e Tobago (com 2 condenações). No entanto, como são poucos os casos e como estes países territorialmente estão na mesma porção física dos demais Estados latino-americanos, estes países foram mantidos no levantamento dos dados.

Os dados extraídos das sentenças 208 sentenças de mérito condenatórias aos Estados latino-americanos, incluindo os três países que não compõem a América Latina, geraram as tabelas que seguem:

Quadro 1 - Artigos violados da Convenção Americana de Direitos Humanos

DIREITOS CIVISE POLÍTICOS	Argentina	Barbados	Bolívia	Brasil	Chile	Colômbia	Costa Rica	Equador	El Salvador	Guatemala	Haiti	Honduras	México	Nicarágua	Panamá	Paraguai	Peru	República Dominicana	Suriname	Trindade e Tobago	Uruguai	Venezuela	Soma
Art.8. Garantias judiciais	15	2	6	6	7	15	1	21	6	21	2	9	6	3	5	7	33	3	2	2	2	14	188
Art.25. Proteção judicial	15	2	6	5	4	16	0	20	6	20	2	9	7	4	4	6	33	3	5	2	2	10	181
Art. 5. Direito à integridade pessoal	9	2	5	4	3	16	2	14	6	21	2	10	6	1	2	4	28	4	2	2	1	11	155
Art.7. Direito à liberdade pessoal	7	1	5	2	2	11	2	8	4	11	7	8	4	0	2	1	22	3	1	1	1	7	110
Art. 4. Direito à vida	5	2	3	3	0	16	1	10	4	16	0	8	2	0	0	6	19	3	1	1	1	7	108
Art. 11. Proteção da honra e da dignidade	1	0	2	2	2	8	2	1	3	4	0	1	3	1	1	0	5	1	0	0	1	3	41
Art. 19. Direitos da criança	4	0	1	1	1	6	0	2	4	9	0	1	2	0	0	2	2	2	0	0	1	2	40
Art. 3. Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica	1	0	4	2	0	1	0	2	2	6	0	0	1	0	0	2	8	3	3	0	1	0	36
Art.21. Direito à propriedade privada	2	0	1	0	1	5	0	4	1	2	0	2	0	1	1	3	4	0	3	0	1	4	35
Art.13. Liberdade de pensamento e de expressão	2	0	1	1	4	4	1	1	0	4	0	2	0	1	1	1	2	1	1	0	1	6	34
Art.22. Direito de circulação e de residência	0	0	2	2	1	8	0	1	0	7	1	0	0	0	0	1	1	2	2	0	0	1	29

Quadro 2 - Violados da Convenção Americana de Direitos Humanos

DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS	Argentina	Barbados	Bolívia	Brasil	Chile	Colômbia	Costa Rica	Equador	El Salvador	Guatemala	Haiti	Honduras	México	Nicarágua	Panamá	Paraguai	Peru	República Dominicana	Suriname	Trindade e Tobago	Uruguai	Venezuela	Soma
	Art.9. Princípio da legalidade e da retroatividade	3	1	1	0	2	0	0	3	0	1	1	2	0	0	3	1	8	0	1	0	0	1
Art. 24. Igualdade perante a lei	2	0	0	0	2	2	1	5	0	4	0	1	1	2	1	0	0	2	0	0	1	4	28
Art. 17. Proteção da família	1	0	2	0	2	4	2	0	3	6	0	0	0	0	0	0	2	2	0	0	1	0	25
Art. 23. Direitos políticos	1	0	0	0	2	1	0	3	0	4	0	2	1	2	0	0	0	0	1	0	0	4	21
Art. 16. Liberdade de associação	0	0	0	0	1	3	0	0	0	5	1	2	2	1	1	0	2	0	0	0	0	1	19
Art.6. Proibição da escravidão e da servidão	2	0	0	1	2	4	0	1	0	1	0	0	0	0	0	0	2	1	0	0	0	0	14
Art. 18. Direito ao nome	0	0	0	0	0	0	0	0	2	1	0	0	0	0	0	0	0	2	0	0	1	0	6
Art. 20. Direito à nacionalidade	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2	2	0	0	1	0	5
Art.12. Liberdade de consciência e de religião	0	0	0	0	1	0	0	0	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3
Art. 15. Direito de reunião	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	1	1	0	0	0	0	0	0	0	3
Soma	70	10	39	29	37	120	12	96	41	145	16	58	35	17	22	34	173	34	22	8	16	75	-

Os dados numéricos organizados na tabela permitem algumas constatações. Os artigos da convenção mais mencionados nas decisões foram o 8º e o 25. O artigo 8º trata das garantias judiciais que o indivíduo deve ter direito (mencionado em 188 casos) e o artigo 25 estabelece o direito à proteção judicial (citado em 181 casos). Obviamente que o fato dos casos terem chegado à instância da Corte IDH é justamente porque no âmbito nacional as vítimas de violações não encontraram a garantia e a proteção do Estado para a defesa de seus direitos. Por isso, a indicação desses artigos ocorre em praticamente todas as sentenças da Corte IDH, geralmente citados os dois, mas também citados isoladamente num caso ou em outro.

Afastada esta questão, outras merecem destaque. Os artigos do Pacto que acumularam mais violações foram, em ordem decrescente, o art. 5º (direito à integridade pessoal), com 155 casos, o art. 7º (direito à liberdade pessoal), com 110 casos e o art. 4º (direito à vida), com 108 casos. Isso demonstra que as incidências de violações de direitos básicos ou fundamentais do ser humano na América Latina ainda são grandes. O país que mais apresentou casos de violações a estes três direitos foi o Peru, seguido da Guatemala e da Colômbia. A lista de DH violados começa a cair em seguida, saindo do patamar de 108 violações para 41 violações e se apresentam nesta ordem:

Lista de Direitos Violados em Ordem Decrescente

Art. 11. Proteção da honra e da dignidade	41
Art. 19. Direitos da criança	40
Art. 3. Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica	36
Art. 21. Direito à propriedade privada	35
Art. 13. Liberdade de pensamento e de expressão	34
Art. 22. Direito de circulação e de residência	29
Art. 9. Princípio da legalidade e da retroatividade	28
Art. 24. Igualdade perante a lei	28
Art. 17. Proteção da família	25
Art. 23. Direitos políticos	21
Art. 16. Liberdade de associação	19
Art. 6. Proibição da escravidão e da servidão	14
Art. 18. Direito ao nome	6
Art. 20. Direito à nacionalidade	5
Art. 12. Liberdade de consciência e de religião	3
Art. 15. Direito de reunião	3

Alguns direitos violados chamam a atenção. É o caso dos direitos da criança, com 40 casos de violações, tendo a Guatemala como país que mais violou (com 9 casos). Outro é a proibição da escravidão e da servidão, abolida no Séc. XIX do continente americano, mas que ainda persiste em 14 casos, distribuídos em 8 países. Também, um direito violado por 3 países foi o da nacionalidade, com destaque aos 2 casos da República Dominicana e a 1 caso do Peru, em que as violações resultaram em apatridia, isto é, colocaram as vítimas em situação de não possuir vínculo com qualquer Estado.

Entre os DH assegurados pelo Pacto de São José da Costa Rica, não tiveram denúncias de violações aqueles previstos nos artigos 10 (direito de indenização) e 14 (direito de retificação ou resposta).

Quanto aos países, os mais violadores entre os que participam do sistema interamericano são o Peru (173 violações), a Guatemala (145 violações), a Colômbia (120 violações), o Equador (96 violações) e a Venezuela (75 violações). Já os que menos direitos violaram foram Nicarágua (17 violações), Uruguai (16 violações), Haiti (16 violações), Costa Rica (12 violações), Barbados (10 violações) e Trindade e Tobago (8 violações). Ressalta-se que Trindade e Tobago permaneceu por apenas 7 anos como signatário do Pacto. Ainda, no estudo não foram encontrados casos envolvendo Granada e Jamaica.

4 CONCLUSÕES

O perfil de violações aos DH, mediante a tutela/condenação concedida pela Corte, refere-se aos países da América Latina, que participam do Pacto de São José da Costa Rica, com destaque ao Peru como o maior violador, seguido por Guatemala e Colômbia. Os menos violadores foram Costa Rica, Barbados e Trindade e Tobago, sendo que não responderam a processo na Corte IDH os Estados da Jamaica e Granada.

Os DH que sofreram mais violações foram os direitos básicos à vida e à integridade física e à liberdade pessoal. Os DH não violados foram os de indenização, de retificação ou resposta, e os menos violados foram os de reunião, de nacionalidade e a liberdade de consciência e de religião. Treze outros DH listados no Pacto foram medianamente violados.

Percebeu-se que os direitos fundamentais à vida, à liberdade e à integridade física, não protegidos ou muitas vezes violados diretamente pelo Estado, ainda são os mais violados nos casos apresentados à Corte IDH. Isso reflete que os sistemas nacionais de garantia aos DH ainda se apresentam com muitas falhas para garantir o básico à população do país, levando as vítimas à busca da garantia internacional de seus direitos.

Todos os países analisados praticaram atos violadores do direito à integridade pessoal. Apenas a Nicarágua não sofreu condenação por violação da liberdade pessoal e quatro países não foram condenados por violação ao direito à vida (Chile, Haiti, Nicarágua e Panamá).

Há muito a evoluir na proteção aos direitos fundamentais na América. E, para outros países que não participam do Pacto, há ainda a necessidade de se admitir o foro internacional como uma possibilidade de defesa de direitos aos seus cidadãos.

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos especiais a **Julia Rezin de Medeiros de Souza**, bolsista de pesquisa do Curso de Direito da Unisul de Tubarão, pela contribuição na coleta de dados das sentenças de mérito da Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Documentos Básicos**. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/introduccion.asp>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Casos Contenciosos**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>. Acesso em: 31 ago. 2017a.

_____. **Supervisão de Cumprimento**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_supervision_cumplimiento.cfm?lang=es>. Acesso em: 31 ago. 2017b.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Tratados Multilaterais**. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

DIREITOS HUMANOS NO IMAGINÁRIO ARTÍSTICO DE CLARICE LISPECTOR: O PÁSSARO DA LIBERDADE

HUMAN RIGHTS IN THE ARTISTIC IMAGINARY OF CLARICE LISPECTOR: THE BIRD OF FREEDOM

Miriam Coutinho de Faria Alves¹

Resumo: As interfaces entre direito e arte servem de base para pensar o processo de ressignificação dos direitos humanos². Pretende-se, neste texto, refletir sobre o imaginário pictórico como imagem cultural e artística de direitos humanos inscritos na produção artística e literária de Clarice Lispector manifesto notadamente no quadro: o pássaro da liberdade. Esta interlocução nos leva a pensar os direitos culturais como formas hermenêuticas da cidadania, conscientes das identidades e memórias que permeiam a vida social, individual e coletiva.

Palavras-chaves: Direitos Culturais. Imaginário artístico. Clarice Lispector.

Abstract: Interfaces between rights and arts encourage reflections on the resignification process of cultural rights. This study aims to discuss the pictorial imaginary as a cultural and artistic image of human rights inscribed in the artistic and literary production of Clarice Lispector, particularly reproduced in her painting *The bird of freedom*. With such interlocution, we see cultural rights as hermeneutic forms of citizenship that make us aware of the identities and memories that permeate social, individual and collective life.

Key words: Cultural rights. Artistic imaginary. Clarice Lispector.

1 INTRODUÇÃO

No quadro *pássaro da liberdade*, pintado em óleo sobre madeira em 05 de junho de 1975 por Clarice Lispector, a figura do pássaro azul, em um fino traço, indica um tema essencial de caráter jurídico-cultural: a liberdade. A pintura, vista nesse aspecto, cria narrativas de direitos humanos a serem intuídas em meio a capacidade hermenêutica de quem observa o quadro. E, portanto, o próprio acesso a essa atitude reflexiva realiza direito fundamental à cultura.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) marco histórico proclamado pela Organização das Nações Unidas (ONU)³ em 1948, nos propicia ao atingir setenta anos, contexto histórico a ser revisado em seus constantes desdobramentos e desafios. No recorte deste texto, opta-se por uma interlocução entre a arte, literatura e direitos culturais observando sempre que a participação livre à vida cultural assim como acesso aos bens culturais estão interligados ao princípio da dignidade humana em toda sua dimensão, inserido inclusive, nas pautas da agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.⁴

1 Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS) Coordenadora do Grupo de Pesquisa Direito, Arte e Literatura (CnpQ/UFS). Membro honorária da RDL (Rede brasileira de Direito e Literatura) Email: miriamfaria2002@yahoo.com.br

2 Cunha Filho ao tratar do dimensionamento e conceituação dos direitos culturais a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos pontua que "os direitos culturais relacionam-se com a ideia de respeito ao *modus vivendi* peculiar dos distintos povos destinatários e signatários da declaração [Declaração Universal de Direitos Humanos]; no segundo, com atividades específicas, cujos núcleos devem ser extraídos, com variações gramaticais, do próprio texto: artes, ciência e literatura." (CUNHA FILHO, 2015, p.27).

3 Observa-se a inscrição dos direitos culturais notadamente nos artigos 22 e 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2018.

4 Cf. informações contextuais sobre a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível: <<https://nacoesunidas.org/tema/agenda2030/>>. Acesso em: 06 jul. 2018.

Centrada nesta perspectiva, a narrativa literária e artística ocasiona possibilidades de pensar a dignidade humana através de linguagens artísticas verbais e não verbais. Assim o faz a literatura e os quadros de Clarice. Neste aspecto, o confronto da tela do pássaro azul com o céu evoca uma postura ecoada de idealismo fazendo inversão da realidade, posto que é o céu que poderia ser azul, mas Clarice nos traz um pássaro azul contracenando com o céu branco acinzentado. Esse gesto imaginativo vem proporcionar, no dizer de Nunes (2008, p.107)⁵ a consciência da condição humana, oriunda das percepções claricianas, em que entre a artista, a realidade e o espectador/leitor, há intensa possibilidade de interação.

Conectar-se com este rico imaginário é estabelecer relações entre a estética literária, artística e o Direito, numa aproximação que chamamos de imagens culturais do direitos humanos percebidas a partir das condições imaginárias da subjetividade feminina.

Observa-se que os originais do texto *Água viva* (1973) estão repletos de referências em que a escritora desloca a palavra escrever por pintar, de modo que as relações entre pintura e narrativa ficcional vão se entrelaçando fazendo com que a atividade da pintura desenvolvida em caráter amador, e de forma mais frequente entre os anos 1975/1976, torne-se conteúdo privilegiado de reflexão. Nesta obra, a personagem central é uma pintora-narradora que através da experiência relacional entre pintura-narrativa faz com que Clarice utilize formas diversas de elaborar suas identidades, sobre a redução da palavra em relação à imagem. Assim, nos coloca diante da reflexão sobre a necessidade da palavra para as percepções da identidade lançando o pertinente questionamento: “não usar as palavras é perder a identidade?” (LISPECTOR, 1998, p.65).

A tela parece dissolver a distância entre escritura e pintura intensificando o nexos entre texto e tela, entre a figura e as imagens poéticas, nos revelando imagens para-filosóficas e culturais identitárias. Ao tratar sobre as imagens poéticas em Clarice, Assis Brasil nos indica que o conteúdo estético clariciano “dão-lhe característica inconfundível, e servem, no plano da criação, para salientar o significado e a existência de suas criaturas e de seu mundo artístico.” (ASSIS BRASIL, 1969, p. 95).

Direito – como pássaro vigilante sob as esferas da cultura. Um misto (literário e jurídico) permeia os discursos filosóficos humanistas que ao somar perspectivas artísticas distintas acolhe a visão dos “fios curvos” do direito em contraste com a linearidade normativista, visando abraçar a multidisciplinaridade dos direitos humanos e culturais.

Seguindo a esteira de José Calvo Gonzalez, na obra *Direito Curvo*, observamos que “na teoria jurídica, os direitos são frágeis como uma teia de aranha; nada nos leva a crer que as liberdades e os direitos sejam especialmente hoje, triunfos (goals) a salvo de toda fragilidade” (CALVO GONZÁLEZ, 2013, p.15). Essa fragilidade na concretização dos direitos humanos e amplitude dos direitos culturais podem ser observadas nas relações entre arte e democracia, cuja preservação e sistema de proteção aos direitos culturais locais vem em construção paulatina desde os anos 60/70 do século XX numa tentativa de disciplinar e preservar bens culturais materiais e imateriais.

2 A JUSLITERATURA CULTURAL HUMANISTA DE CLARICE LISPECTOR

A literatura e pintura de Lispector transforma-se em espaço referencial pois os textos claricianos implicam em uma fusão de horizontes que iluminam o imaginário jurídico dos direitos culturais brasileiros ampliando as possibilidades interpretativas sobre a essência cultural dos direitos humanos: a liberdade como interação dialética na via estética dos direitos fundamentais.

O caráter estético da obra de arte instaura no leitor /espectador uma atitude reflexiva interdisciplinar em que a busca de sentido traz todo um horizonte de abertura para encontrar múltiplos significados e formas em que a intersubjetividade artística encontra possibilidades simbólicas dialogando com valores singulares e universais.

5 NUNES, Benedito. O drama da linguagem. Uma leitura de Clarice Lispector. São Paulo: Ática, 2008.

6 CF. No plano nacional com o Decreto nº.3551/2000 trata da institucionalização do registro de bens culturais de natureza imaterial.

Para investigar a experiência, do ponto de vista estético, analisa-se, de início, a forma que os objetos adquirem e, de modo específico, a relação destes com o mundo. Assim, a experiência estética confirma a abertura que a linguagem e a apropriação de sentido nos possibilita ao passo que nos torna mais aptos para outros níveis de abordagem do conhecimento.

A tela, proporciona uma dicotomia que incorpora os saberes interiores da artista, ao tempo em que elabora a dimensão humana de suas vivências. Vemos nas formas da pintura uma percepção do movimento simbolicamente atreladas ao processo de pensar e viver e guardam em si a unidade criativa entre o pintar e o narrar. Mario Quintana (1906-1994), no poema Auto-retrato, afirma que “no retrato que me faço – traço a traço-as vezes me pinto nuvem, às vezes me pinto árvore [...]”⁷ considerando a relação entre a auto percepção e a criação.

Desse modo, a rede que tece o sentido das narrativas jurídicas e literárias tem na estética literária clariceana um caminho a ser percorrido, trilhado pela memória coletiva e posta através da criatividade singular da escritora. A consistência da pintura encontra na liberdade de expressão vias para investigar os processos de tomada de consciência que a literatura/arte propicia ao espectador/leitor.

A coerência criativa de Clarice se direciona para a busca de sentido através de zonas de intensa sensibilidade. Talvez o pássaro da liberdade sobrevoe o deserto, imagem recorrente na literatura de Clarice, como na *Paixão segundo G.H* e a *Maçã no escuro*. Talvez tragam a lembrança do céu claro iluminando os dias quentes do Recife, que acendia seus olhos, quando menina, brincando no quintal da rua Conde de Boa Vista (GOTLIB, 1995, p. 93)⁸.

Clarice Lispector nos revela: “Liberdade? é o meu último refúgio, forcei-me à liberdade e aguento-a não como um dom mas com heroísmo: sou heroicamente livre” (LISPECTOR, 1998, p.16). Essa subessência da imagem da liberdade feminina desenvolvida em forma geométrica acompanha a noção de liberdade como algo que se ergue do solo, que se liberta e transcende as realidades materiais da vida.

Entre o concreto/abstrato, pensar/sentir, texto/imagem, pássaro feito de azul, faz da liberdade um conteúdo quase onírico. Observa-se, a ênfase na representação psíquica das cores como motivações sensoriais, onde ganha relevo o caráter psicossocial da construção criativa. Formas e cores expressam visões de mundo e dão sentido aos fenômenos intersubjetivos. Clarice traz percepções simultâneas entre as linhas curvas das asas em situação de voo, lançar-se diante da amplitude branca/cinza em que o pássaro parecer plinar.

Goethe aponta o efeito-sensível da cor azul a partir da “contradição entre estímulo-reposo” (GOETHE, 1993, p.12)⁹. Como bem diz a escritora em *Água Viva* “E é assim certa espécie de pensar-sentir que chamei de “liberdade”, só para lhe dar um nome. Liberdade mesmo – enquanto ato de percepção – não tem forma.” (LISPECTOR, 1998, p.81).

Assim, a plasticidade do azul indica um movimento de distância da realidade como um pássaro que se distancia do chão. O sentimento em tons de azul assinalam a forma de narrativa pictórica lírica erguida por uma percepção interna da liberdade. Considerando que a ideia de movimento, capacidade de ação, ir e vir caracteriza parte da cultura jurídica, este dinamismo apela para os limites entre liberdade e possibilidade. Desse modo, o sentimento do azul repousa na dimensão psicológica do idealismo.

O azul funciona como núcleo das percepções ligadas ao lirismo, modos de tensão entre sonho e concretude representativos das aspirações humanas. Por certo, a aproximação entre sonho e vôo é algo recorrente na literatura clariceana. Na obra *Perto do Coração Selvagem* “sonha Joana, antes que o sonho se desvaneça e ela esteja de volta a sua vida com Otávio, um intelectual medíocre que está escrevendo um livro de direito civil” (MOSER, 2009, p.184)¹⁰.

7 GOTLIB, Nádya Battella. Clarice: Uma vida que se conta. 3. ed. São Paulo: Ática, 1995.

8 Idem.

9 GOETHE, J.W. Doutrina das Cores. São Paulo: Nova Alexandria, 1993.

10 MOSER, Benjamim. Clarice, uma biografia. São Paulo: Cosac Naif, 2009.

A estética criativa de Clarice interliga sentimentos e movimentos, repouso e atividade fazendo com que a imagem de pássaro reflita a dimensão sociocultural da liberdade como abertura para potencialidades do sentir e pensar os direitos culturais. A conformidade das linhas estruturantes da figura do pássaro demonstra o ritmo investigativo, de busca na percepção ordenativa da dinâmica do voo.

Em carta a sua irmã Tania datada de 15 de junho de 1946, quando vivia em Berna, a escritora afirma que “quem faz arte sofre como os outros só que tem um meio de expressão” (LISPECTOR, 2007, p.120). Assim, o conceito de liberdade articula Tavares em livro intitulado *Do silêncio à liberdade* sobre a obra *Uma aprendizagem* ou *O livro dos prazeres* repousa na categoria da “experienciação” (TAVARES, 2017, p.105)¹¹. Essa perspectiva de criar narrativas dotadas de coerência, tematizadas diante da função mimética da literatura (OLIVEIRA, 1999, p.7)¹² dão o fino traço no plano da amplitude criativa de Clarice. Uma imagem primária que evoca a ação do vôo, da procura, mergulhado na tela branca da narrativa.

A fecunda criatividade inscrita na psique feminina assim se manifesta em *Água viva* “são sensações que se transformam em ideias porque tenho que usar palavras. [...] O pensamento primário pensa com palavras. A “liberdade” liberta-se da escravidão da palavra” (LISPECTOR, 1988, p.84).

Esta liberdade centrada no azul-onírico percorre um movimento de ideias sobre as quais se organizam a intuição de arquétipos também jurídicos sobre a condição humana. O direito necessita de palavras mas lida com signos não verbais. De modo que a estreita conexão entre o princípio da dignidade humana e notadamente o exercício dos direitos culturais encontram através da arte, na identidade e na memória, a interlocução entre o individual e o coletivo.

Dessa forma, este movimento de vôo possível dentro da esfera anunciada do azul indica um presente idealismo que se constitui como unidade entre o ser e o dever-ser (categorias arquetípicas da teoria do Direito). Fernando Pessoa (1986, p. 275)¹³ ao tratar do poeta lírico afirma que este expressa temas diversos que se predispõe a uma unidade. Ao descrever a gradação da construção poética assinala que “o poeta, mais intelectual ainda mais imaginativo, entra em plena despersonalização. Não só sente, mas vive os estados de alma que não tem diretamente.” (Ibidem, p. 275). Assim, a existência do pássaro, aquele que voa longe do concreto e próximo ao imaginário, pode estar marcado pela tentativa desesperada de fuga, por exemplo, da violência institucionalizada, fato que marcou a realidade geracional da escritora, nascida em Tchevhenilk, cidade da Ucrânia, na primeira metade do século XX.

Nas memórias e relatos familiares, os impactos provocados tanto pela primeira Grande Guerra como pela Revolução Russa de 1917, os *pogroms*, constituíram perseguições sistemáticas e massacres de famílias judias fazendo com que a busca pela América fosse um objetivo concreto para sobreviver como o necessário vôo do pássaro pela liberdade.

Nesse contexto de violação sistemática e geracional familiar de direitos humanos, deriva, talvez, o silenciamento, os aspectos sombrios das narrativas clariceanas, algo de misterioso que se apresenta em tons densos e quase obscuros ao leitor. São recorrentes as passagens em que, a exemplo, de *O Lustre*, nos deparamos com a sensação do nebuloso e fugidío.

A sala, o céu, as meninas comunicavam-se entre si com distâncias já marcadas, cores e sons fixos – o deslizar de uma cena muitas vezes ensaiada, Virgínia compreendia despontada que tudo fora visto há anos. Para de novo enxergar o que vira e que agora fugira como para sempre, tentava começar pelo fim da sensação: abria os olhos bem grandes de surpresa. Mas em vôo: ela não erraria mais e veria apenas a realidade.” (LISPECTOR, 1999, p. 54, 1999).

11 TAVARES, Renata. *Do silêncio a Liberdade: uma aprendizagem ou o livro dos prazeres*. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2017.

12 OLIVEIRA, Valdevino Soares de. *Poesia e pintura. Um diálogo em três dimensões*. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 1999.

13 Idem

A personagem central Virginia e seu irmão Daniel quando ainda crianças sentiam que “a morte lhes é revelada, e acerca da qual silenciam, vai refletir-se nos jogos sombrios das duas crianças” (NUNES, 1989, p.24).

Dessa forma, o real encontra a partir do imaginário pictórico, inclusive onírico, raízes históricas, culturais e relacionais como nas interações entre pintura e poesia entre formas de fuga da violência para a liberdade através do afeto. Clarice exerce no imaginário de sua obra, distintas perspectivas e cenários que se mesclam seja na pintura ou na narrativa literária com a ideia de liberdade como forma intensa de sair de uma situação opressora. Algo que impulsiona o ser humano para ir além do chão tornando-se sujeito consciente da reconstrução afetiva do próprio espaço.

Olga de Sá em *A travessia do oposto* ao analisar o romance *A cidade sitiada* revela que o “pássaro que atravessa o espaço é galha espantada” (2004, p.41)¹⁴ aquele que flerta com a realidade e se espanta no espaço dos paradoxos vivenciados pela personagem Lucrecia devido à rápida urbanização da cidade. Assim, a ideia de espanto sobre a violência simbólica, psicológica e de fuga crescem no imaginário clariciano sendo fonte permanente de investigação para o amplo campo dos direitos culturais.

A autora escreve em *A maçã no escuro*: “E não havia sequer como fugir de si porque os outros concretizavam, com impassível insistência, a própria imagem dessa pessoa” (LISPECTOR, 1999, p.38). A leitura crítica de Álvaro Lins já apontava que ela “escrevia com um conteúdo que veio diretamente da sua natureza humana” (ASSIS BRASIL, 1969, p.105).¹⁵ De modo que a consciência central de direitos humanos como ideia de liberdade reside no compreender que lhe veem de improviso, com a vida.

Merleau-Ponty, na obra *Fenomenologia da percepção*¹⁶, nos indica que a sensação se diz na “maneira pela qual sou afetado e a experiência de um estado de mim mesmo” (MERLEAU-PONTY, 2006, p. 23)¹⁷. Essa articulação que transcorre da experiência intensa e interna são fontes em que as sensações se desdobram de modo a dar a possibilidade de compreensão do mundo em que os direitos culturais e os direitos humanos encontram-se reconfigurados, e dão origem às identidades provisórias que revelam memórias individuais e coletivas.

Água viva tem citação inicial do pintor belga Michel Sempour¹⁸ (1901-1999) autor de vários livros sobre arte dentre os quais: *a Dictionary of Abstract Painting* e *Abstract Painting: 50 Years of Accomplishment*, isto indica que a escolha da citação do crítico belga não foi arbitrária, mas incorporada ao processo criativo de elaboração instaurando uma tendência singular de lidar e pensar a atividade de escrever.

Carlos Mendes de Sousa assinala que a multiplicidade de materiais e processos utilizados nos quadros de Clarice contrastam com a afirmação de que a escritora desconhecia de técnicas de pintura. Para este autor, esta forma de criação poderia se caracterizar como técnica mista, pois utiliza-se pincel, cola, tinta, esferográfica, diversidade de traços, texturas e cores. (SOUSA, 2013).

Neste período, na década de 70, Clarice Lispector já figurava como uma escritora relevante no cenário nacional como atesta Assis Brasil (1969, p.22). Grande parte de sua obra, já havia sido traduzida nos Estados Unidos, Europa e demais países da América do Sul. Água viva inicialmente levava o título “*Atrás do pensamento: Monólogo com a vida*”, logo depois em segunda versão, o livro leva o título de “*Objeto Gritante*” como nos revela Licia Manzo. (MANZO, 1997, p.142-43).

14 SÁ, Olga de. Clarice Lispector: a travessia do oposto. São Paulo: Annablume, 2004.

15 ASSIS, Brasil. Clarice Lispector. Ensaio. Rio de Janeiro: Organização Simões editora, 1969.

16 No prefácio da fenomenologia da Percepção, Merleau Ponty pontua questões ainda por resolver e nos explica que “a fenomenologia é o estudo das essências, e todos os problemas, segundo ela, resumem-se em definir essências: a essência da percepção, a essência da consciência, por exemplo.” (MERLEAU-PONTY, 2006, p.1).

17 MERLEAU-PONTY, Maurice. Fenomenologia da Percepção. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

18 SEUPHOR, Michel. Le Style et le cri. Quatorze essais sur l'art de ce siècle. Paris: Editions Du Seuil, 1965.

Observa-se ainda, nesta fase, além da publicação de *Água viva* (1973), *A via crucis do corpo* (1974), *Onde estiveste de noite* (1974) e *A hora da estrela* (1977) que transitam entre sintomáticos temas de (im)possibilidades individuais frente ao mundo em que se vive.

Na relação entre Direito e arte, o filósofo espanhol Ortega y Gasset visualiza o direito em termos de uma “geometria do humano”; a grande técnica exata que põe uma ordem nas paixões sociais do homem” (GASSET, 2013, p.21)¹⁹. Calvo Gonzalez (2013, p.18) observa esta ideia através de uma geometria variável com a qual pensa o *direito curvo*, aquele que se coloca nas instâncias hermenêuticas da cidadania.

O desejo é percebido como algo que desorganiza, por isso se busca o direito, como hermenêutica necessária para voltar à estrutura da ordem, a partir de uma mediação simbólica entre a condição humana e o sistema ordenativo. Assim, aduz Flusser (2011, p. 71-73)²⁰ que há palavras que “exigem um esforço quase extralinguístico para serem pensadas e articuladas e há palavras que estão organicamente vinculadas na estrutura da língua” comportam perspectivas variadas de diversidade, fluidez, alteridade como possibilidades que se cruzam.

Clarice temia a desumanização. Percebe-se que os tradicionais traços característicos dos direitos humanos tais como universalidade e abstratividade, encontram-se tematizados na sua narrativa literária e artística. Pode-se dizer que Clarice, renascida no nordeste apresenta dimensões resgatadas da memória das sensações da infância em que lendo livros de Machado de Assis, Monteiro Lobato no bairro de Boa Vista em Recife (GOTLIB, 1995) vivencia momentos de consciência das desigualdades sociais. Um desses momentos, por exemplo, fora travado com a amiga Reveca, oriunda de família de poder aquisitivo maior que o de sua família, e a faz evidenciar ainda cedo as diferenças materiais e espirituais que compõem as relações humanas.

Assim, as imagens psíquicas clariceanas adquirem um sentido estético que recriam o real e a partir desse estado desenvolve tramas compreensivas da condição humana (SÁ, 1993, p.131). Por exemplo, buscava a liberdade mas a temia: “é que não sei aonde me levará esta minha liberdade. Não é arbitrária, nem libertina. Mas estou solta.” (LISPECTOR, 1987, p.33).

No ritmo clariciano, o (im) pulso da vida na narrativa artística amplia a percepção de tempo. Os tempos criativos claricianos se fazem como pulsões dentro de instantes intersubjetivos do dizer e sentir o mundo desvendando as fronteiras entre os sentidos da paixão e da vida. A linguagem artística torna-se coisa da linguagem que transmigra para a ideia de liberdade, fuga, afeto, vida, sendo a pintura, ela mesma o acontecimento.

É assim que delineamos a importância da forma poética na pintura como expressão destacada no livro de Valery (2012, p.338) “as vezes a forma, é que faz o conteúdo.” A pintura como processo investigativo alimenta outras narrativas como as do Direito estabelecendo-se um trânsito hermenêutico da tela para a linguagem já pre-vistas no quadro. Então nos cabe pensar sobre a pré-via existência dos direitos humanos nas telas da cultura, na densidade de cada artista.

O pássaro na tela clariciano como espaço imaginativo descortina segredos. Há uma integração do não – dizer com a realidade histórica e com as matrizes poéticas entre o acontecer como tela e o existir (na parede). Os direitos humanos então circulam entre coisa posicionadas de forma lírica num a experiência – síntese que é a da tela pronta para atingir o olhar de quem vai exercer a busca de sentidos completando a circularidade hermenêutica que inicia na intenção e motivação do artista em pintar.

Del Pino (1972, p. 55)²¹ ao tratar do gênero lírico comenta acerca dos caracteres do lirismo e considera este nível de sentimento como “elemento espiritual”. Assim, o aspecto emocional espiritualizado no

19 ORTEGA Y GASSET, José. A ideia de Teatro. São Paulo: Perspectiva, 2010.

20 FLUSSER, Vilém. A dúvida. São Paulo: Annablume, 2011.

21 DEL PINO, Dino. Introdução ao Estudo da Literatura. 5. ed. Porto Alegre: Editora Movimento, 1972. V.1

contexto clariceano incorpora a imagem ao sentir-pensar em um singular processo de densidade existencial. Retomando o pensamento do crítico Álvaro Lins, este autor assinala que Clarice Lispector “é a primeira experiência definida que se faz no Brasil do moderno romance lírico, do romance que se acha dentro da tradição de um Joyce ou de uma Virgínia Woolf” (1932, p.105).

Seguindo os ensinamentos de Santos²² (2015, p.106) há distinções claras entre espiritualismo e idealismo gnosiológico: “o primeiro é de orientação metafísica, enquanto o segundo é de orientação gnosiológica que afirma que a verdadeira existência está na consciência”. Esta consciência que se diz artisticamente. Observa-se que a pintura de Clarice constitui-se em um modo de reflexão extralinguística. Kandinsky, pintor russo da vanguarda abstracionista do início do século passado, na obra *Do espiritual da arte e na pintura em particular* que “cada arte, ao se aprofundar, fecha-se e separa-se. Mas compara-se às outras artes, e a identidade de suas tendências profundas as leva de volta à unidade” (KANDINSKY, 1996, p. 59)²³.

O ato de voar traduz uma fluidez necessária para o trânsito entre relações materiais e espirituais. No dicionário de símbolo de Chevalier e Gheerbrant (1999, p. 687)²⁴, observa-se a simbologia dos anjos com asas, mensageiros na tradição cristã. Na perspectiva chinesa, os pássaros azuis são fadas. Na obra *o Lustre*, a personagem Virgínia demonstra que “para nascer as coisas precisam ter vida, pois nascer é um movimento”.

Assis Brasil (1969, p.62) indica que no processo criativo clariceano, há na formação das personagens uma tendência da autora a generalizar o personagem e os espaços em que ocorrem o cenário dos seus romances. Assim, ao sair para brincar no espaço de fora da casa, Virgínia, personagem de *O Lustre* (1999) tem a sensação de que “toda a casa flutuava, flutuava em nuvens, desligada de Brejo Alto” (1999, p.16).

Por certo, a imaginação geométrica do voo clariceano pode-se combinar com horizontes de flexibilidade que permeiam as distâncias entre a teoria e a concretude dos direitos humanos. Entre as curvas do pássaro, uma arquitetura teórica possível de um Direito que se diz curvo a partir da perspectiva de Calvo Gonzalez. Assim como Wallace Stevens encontrou inspiração na obra *El viejo guitarrista ciego* (1903) de Picasso ao compor o poema *The man with the Blue Guitar* (1957). Clarice Lispector, nesta tela, encontra inspiração no azul como inspiradora da ideia lírica de liberdade. Os critérios por ela estabelecidos transitam pelo difícil artefato do fluxo de consciência, mas também pelo caráter filoliterário de sua obra. Toda a estrutura do pássaro é marcada pelo alicerce hermenêutico de busca assim como o caráter investigativo de sua narrativa que percorre as atividades discursivas para compor a inusitada abertura de horizontes ao leitor/a.

O vôo clariceano traça possibilidades do real na memória das tradições culturais. Por certo, a teoria narrativista do direito encontra pontes na jusliteratura brasileira que acolhendo a potencialidade da interpretação ficcional promove conexões, enriquecida pela análise da “narração”, em contato com a cultura jurídica brasileira. As narrativas pictóricas são direitos culturais fundamentais traduzidos nas formas da pintura às cenas da cultura dos direitos humanos.

O voo arqueado do pássaro azul no extenso céu claro clama por espaços flexíveis e abertos. Portanto, encontrar-se com o azul é fazer uso da narratividade lírica e da intersubjetividade refletindo sobre o caráter ético dos espaços da vida privada e dos modos de ser no imaginário social e político.

A literatura clariceana transforma-se em momento hermenêutico em que os textos implicam em uma fusão de horizontes, ampliam as possibilidades descritivas, trazem contextos em que os desejos nascem e produzem uma reação à ordem exterior.

22 SANTOS, Mário Ferreira. Filosofia e Cosmovisão. São Paulo: Editora É realizações, 2015.

23 KANDINSKY, Wassily. *Do espiritual da arte e na pintura em particular*. Tradução Alvaro Cabral e Antonio Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Interessante afirmação de Kandinsky para quem “toda obra de arte é filha de seu tempo, muitas vezes mãe de nossos sentimentos.” (1996, p. 3). Disponível em: <<https://auh308.files.wordpress.com/2013/03/sem-9-kandinsky.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2014.

24 CHEVALIER, Jean; GHEERBRANT, Alain et al. Dicionário de símbolos. 13 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1999.

Dessa forma, a rede que tece o sentido das narrativas jurídicas e literárias tem na estética literária clariciana um caminho a ser percorrido, trilhado pela memória coletiva e posta através da criatividade singular da escritora. A consistência da pintura encontra na liberdade de expressão vias para investigar os processos de tomada de consciência que a literatura/arte propicia ao espectador/leitor significar direitos de liberdade artística, de expressão.

Este azul-poético encontra-se em tantos outros pintores, poetas e escritores como Mallarmé (1842-1898), Picasso (1881-1973), Kandinsky (1886-1944) também presente na música brasileira, a exemplo do *Trem azul* de composição de Lô Borges/ Ronaldo Bastos e Tom Jobim onde “o sol pega o trem azul, o sol na cabeça” artistas que assim como Clarice desafiam a exatidão das coisas brasileiras e nos levam a pensar a arte e a vida presentes patrimônio cultural material e imaterial brasileiro.

Assim, a teoria crítica do direito ao reconsiderar as interfaces da linguagem jurídica com outros campos do conhecimento investiga o sensível, utiliza a percepção e desvela a essência do sentido filo-poético do imaginário dos direitos culturais. A substância do azul é aquilo que vai além do próprio azul e que ao mesmo tempo permanece no pássaro azul, na guitarra ou no trem. Este azul que chamamos afetividade. Azul, que revela a complexidade da receptividade “que a recusa da palavra e o silêncio determina” (NUNES, 1989, p.43).

Azul que compõem identidades imaginárias, que apresenta noções éticas em que o sujeito transforma-se na cultura figurativa da liberdade como direito fundamental, à dignidade humana, aquele que é capaz de criar revelando a importância da liberdade no plano da justiça.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O quadro pássaro da liberdade resgata a intuição sobre a liberdade através da arte. A pintura clariciana indica noções espirituais e figurativas através da qual é possível refletir sobre o caráter ético da liberdade nas manifestações intersubjetivas dos direitos humanos culturais.

Assim, a escritora/artista investiga os desejos de liberdade como problema existencial que se incorpora no método de trabalho e delinea sua estética não só na narrativa literária, mas em tela persistente que conduz a imagens poéticas e de direitos culturais. De forma policontextual, pintura e escrita estão interligadas tendo como fundamento a intuição criativa sobre as relações da vida humana.

A percepção dos direitos humanos inscritos na arte aprofunda as possibilidades hermenêuticas em que partindo da estética literária para a imagem põe em cena parâmetros figurativos da liberdade de expressão.

Neste percurso, Clarice pinta o pássaro hermenêutico interligando as funções de escrever e pintar postas através de um pensamento filo-poético marcado pela escolha estética do azul. A pintura segue um ritmo que tem em comum o fluxo de sensações das narrativas ficcionais estabelecendo uma larga conexão poética e criativa. Pássaro azul são traços de liberdade que se articulam como narrativa de direitos humanos, processo de transformação interpessoal. Dessa forma, Clarice conta a narrativa do voo, mas deixa em aberto o destino do pássaro ao olhar do espectador.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Brasil. **Clarice Lispector**. Ensaio. Rio de Janeiro: Organização Simões Editora, 1969.

ALVES, Amy A. C. Faria. Figuras de criança versus realidade de adulto. In: ALVES, Amy (Orgs). **De gente a gente só tem o nome**: a mulher no sistema penitenciário em Sergipe. São Cristóvão: Editora UFS, 2001, p.23-30.

BARTHES, Roland. **O rumor da língua**. São Paulo: Cultrix, 1984.

BITTENCOURT, Gilda Neves da Silva. Contos: A vitrina de Clarice Lispector. SCHMIDT, Rita. (Org.) **A ficção de Clarice: nas fronteiras do (im)possível**. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzato, 2003.

COELHO, Jacinto do Prado. Orpheu. In: **Dicionário de Literatura**. Rio de Janeiro: Companhia Brasileira de Publicações, 1969. V.2.

CANDIDO, Antonio. No raiar de Clarice Lispector. In: **Vários Escritos**. 2. ed. São Paulo: Duas cidades, 1977.

CALVO GONZÁLEZ, José. **Direito Curvo**. Trad. André Karam Trindade, Luis Rosenfield, Dino del Pino. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

CHUEIRI, Vera Karam. Kafka, Kvká, K.: do nebuloso ao que se revela como surpresa. In: **Direito e Literatura: ensaios críticos**. Org. André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p.61 -90.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Direitos culturais no Brasil: dimensionamento e conceituação. In: **Bens Culturais e direitos humanos**/organizados por Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Cureau. São Paulo:Edições Sesc.São Paulo, 2015.

DEL PINO, Dino. **Introdução ao Estudo da Literatura**. 5. ed. Coleção didáticas. vol.1. Porto Alegre: Editora Movimento, 1972.

FLUSSER, Vilém. **A dúvida**. Apresentação de Gustavo Bernardo. São Paulo: Annablume, 2011.

FOUCAULT, MICHEL. **Ditos e escritos**. Estética: literatura e pintura, Música e cinema. vol. 3. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método II**. Trad. Flávio Paul Maeures. Petrópolis, 2005.

GOETHE, J.W. **Doutrina das Cores**. São Paulo: Nova Alexandria, 1993.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. **Direitos humanos das mulheres e a comissão interamericana dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOTLIB, Nádía Battella. **Clarice: Uma vida que se conta**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1995.

HARRISON, Charles. Expressionismo abstrato. In: **Conceitos de arte moderna**. Nikos Stangos (org.). Trad. De Ivaro Cabral. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

HOMEM, Maria Lucia. **No limiar do silêncio e da letra: traços da autoria em Clarice Lispector**. São Paulo: Boitempo: Edusp, 2012.

INSTITUTO MOREIRA SALLES. Edição Especial dos Cadernos de Literatura Brasileira - Clarice Lispector. n. 17 e 18, 2004.

JOSEPH, Miriam. **O trivium: as artes liberais da lógica, gramática e retórica: entendendo a natureza e a função da linguagem**. Trad. e adaptação de Henrique Paul Dmyterko. São Paulo: É realizações, 2008.

JUNG, C.G. **A Energia Psíquica**. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

KRISTEVA, Julia. **Introdução à semanálise**. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

KANDINSKY, Vassily. **Do espiritual da arte e na pintura em particular**. Tradução Alvaro Cabral e Antonio Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Disponível em: <<https://auh308.files.wordpress.com/2013/03/sem-9-kandinsky.pdf>>. Acesso em: 15 de out. 2014.

LIMA, Lenilde Ribeiro. **Um batear poético: a prosa de Clarice Lispector, tema de dissertação de mestrado na UFPE de Um batear poético na prosa de Clarice Lispector / Lenilde Ribeiro Lima**. - Recife: O Autor, 2008. 108 folhas. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2008.

- LISPECTOR, Clarice. **O lustre**. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.
- _____. **A Paixão segundo G. H.** Rio de Janeiro: Rocco, 1998
- _____. **A descoberta do mundo**. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.
- _____. **Água Viva**. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.
- _____. **A maçã no escuro**. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.
- MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da Percepção**. Trad. Carlos Alberto R. Moura. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MOSER, Benjamim. **Clarice, uma biografia**. São Paulo: Cosac Naif, 2009.
- NASCIMENTO; EVANDO. A Efêmera memória: Clarice Lispector. In: Oliveira, Maria Clara Castellões de; Lage, Verônica Coutinho (Org.). **Literatura, crítica e cultura I**. Juiz de Fora: EdUFJF, 2008, p. 135-145.
- NOLASCO, Edgar César. **Clarice Lispector: nas entrelinhas da escritura**. São Paulo: Annablume, 2001.
- NUNES, Benedito. **O drama da linguagem**. Uma leitura de Clarice Lispector. São Paulo: Ática, 2008.
- OLIVEIRA, Valdevino Soares de. **Poesia e pintura**. Um diálogo em três dimensões. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 1999.
- SÁ, Olga de. **Clarice Lispector: a travessia do oposto**. São Paulo: Annablume, 2004.
- SANTOS, Mário Ferreira. **Filosofia e Cosmovisão**. Apresentação Rodrigo Petrono. São Paulo: Editora É realizações, 2015.
- PESSOA, Fernando. **Fernando pessoa: Obras em prosa**. Organização, introdução e Notas de Cleonice Berardinelli. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguillar S.A., 1986.
- SARLO, Beatriz. **Tempo passado: cultura da memória e guinada subjetiva**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- SOUSA, Carlos Mendes de. **Clarice Lispector: pinturas**/Carlos Mendes de Sousa. Rio de Janeiro: Rocco, 2013.
- SPENCER BROWN, G. **The Laws of Form**. New York: E.P. Dutton. 1979.
- STEVENS, Wallace. **SOPOESIA**. Disponível em: <<https://sopoesia.wordpress.com/category/poesia/wallace-stevens/>>. Acesso em: 22 de fev. 2015.
- TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do direito**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SEUPHOR, Michel. **Le Style et le cri**. Quartoze essais sur l'art de ce siècle. Paris: Editions Du Seuil, 1965.
- STRECK, Lênio Luiz. O senhor das moscas e o fim da inocência. In: TRINDADE, Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; NETO, Alfredo Copetti (Orgs.). **Direito & Literatura: ensaios críticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 113-124.

PROJETO DE LEI N. 3734/2012 E SÚMULA 605 DO STJ: O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ESQUECIDO

DRAFT LAW N. 3734/2012 AND SUMMARY 605 OF THE STJ: THE RIGHT OF THE CHILD AND THE FORGOTTEN TEENAGER

Patrícia Rodrigues de Menezes Castagna¹

Resumo: Após valiosas conquistas ao longo das últimas três décadas no tocante ao Direito da Criança e do Adolescente, especialmente com a consagração da Doutrina da Proteção Integral a partir do artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/1990), observam-se os Poderes Legislativo e Judiciário em direção oposta, seja ao acelerar o trâmite do Projeto de Lei 3734/2012, contrário à Doutrina da Proteção Integral, seja pela necessidade de aprovação da Súmula 605, pelo Superior Tribunal de Justiça, o que denota o desrespeito pelas instâncias inferiores à referida doutrina, pois precisou elucidar dúvida ou divergência sobre a aplicabilidade de medida socioeducativa após a maioridade penal. O presente artigo procura analisar se tais medidas são prejudiciais ao desenvolvimento de adolescentes submetidos ao regime prisional, bem como se desrespeitam o Direito da Criança e do Adolescente.

Palavras-chaves: Criança. Adolescente. Ato infracional. Medida socioeducativa. Proteção integral. Regime prisional.

Abstract: *Following valuable achievements over the last three decades regarding the Law of the Child and Adolescent, especially with the consecration of the Doctrine of Integral Protection from article 227 of the Federal Constitution of 1988 and the Statute of the Child and Adolescent (Law 8069/1990), the Legislative and Judiciary Powers are observed in the opposite direction, either by accelerating the process of Bill 3734/2012, contrary to the Doctrine of Integral Protection, or by the need for approval of Precedent 605, by the Superior Court of Which denounces the disrespect for bodies inferior to the aforementioned doctrine, since it was necessary to elucidate doubt or divergence on the applicability of socio-educational measure after the criminal majority. This article examines whether such measures are detrimental to the development of adolescents submitted to the prison system, as well as disrespecting the Law of Children and Adolescents.*

Keywords: *Child Teenager. Infraction act Socio-educational measure. Integral protection. Prison system.*

1 INTRODUÇÃO

Quando o assunto é criança e adolescente, a Doutrina da Proteção Integral e o Estatuto da Criança e do Adolescente despontam e balizam toda e qualquer defesa em favor dessas pessoas especiais pela sua própria condição de vida, em pleno desenvolvimento.

Decorre da almejada proteção integral, dentre tantas ações positivas, a aplicação de medidas socioeducativas, de caráter pedagógico e com a finalidade de reinserir o adolescente praticante do suposto ato infracional em seu ambiente familiar e social.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Pós-Graduada em Direito Tributário pela Universidade Federal de Santa Catarina e Direito Processual Civil pela Universidade Anhuera-UNIDERP/LFG. Advogada inscrita na OAB/SC n. 14.752. Atua principalmente nas áreas de Direito Civil, Direito do Trabalho, Direito Processual Civil, Direito Tributário e Direito do Consumidor. Professora das cadeiras de Execução Civil, Relações de Consumo, Processo do Trabalho e Teoria do Direito na Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Também já atuou como professora da cadeira de Direito Civil na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).

O que se observa, no entanto, é que os Poderes Legislativo e Judiciário brasileiros parecem caminhar, recentemente, na contramão da história, solicitando urgência no trâmite do Projeto de Lei 3734/2012, contrário à Doutrina da Proteção Integral, tão especialmente conquistada ao logo de décadas e consolidada por nosso ordenamento jurídico; bem como a Súmula 605, criada pelo Superior Tribunal de Justiça, deixando evidente que a necessidade da sua aprovação pela Corte Superior em 19/03/2018 denota desrespeito pelas instâncias inferiores à referida doutrina, pois precisou elucidar dúvida ou divergência sobre a aplicabilidade de medida socioeducativa após a maioridade penal.

Pretende-se, pois, verificar até que ponto referidas medidas são prejudiciais ao desenvolvimento de adolescentes submetidos ao regime prisional, bem como o efetivo respeito ao Direito da Criança e do Adolescente, que diante da necessidade de criação de súmulas e projetos de lei parece ter-se tornado um direito esquecido.

2 DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Doutrina da Proteção Integral, consagrada no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8069/1990), firmou-se no Brasil enquanto fruto da Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, criada pela ONU, em substituição à Doutrina da Situação Irregular, consolidada no país por meio do Código de Menores (Lei n. 6697/1979).

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, aprovada de forma unânime pela Assembleia das Nações Unidas em 1989 - portanto entre a Constituição e o Estatuto -, no mesmo sentido, foi fundamental para a consagração da Doutrina da Proteção Integral, pois segundo Veronese, “tem natureza coercitiva e exige de cada Estado-Parte que a subscreve e ratifica um determinado posicionamento. Como conjunto de deveres e obrigações aos que a ela formalmente aderiram, a Convenção tem força de lei internacional, e assim, cada Estado não poderá violar seus preceitos, como também deverá tomar medidas positivas para promovê-los.”²

Como resultado, portanto, dessas importantes alterações em nosso ordenamento jurídico, consolidou-se a Doutrina da Proteção Integral, constituindo um verdadeiro divisor de águas, pois as crianças e adolescentes deixaram de ser analisados como uma “patologia social” – sistema menorista – para serem observados na condição de “sujeitos de direitos”, conforme pensamento de Sanches e Veronese: “a nova postura exigida pela Doutrina da Proteção Integral atribui a todas as crianças e adolescentes indistintamente e em qualquer situação jurídica, a condição de sujeitos de direitos, sendo-lhes garantidos todos aqueles necessários ao seu pleno desenvolvimento, ainda que cometa um ato infracional.”³

Nesse sentido, com a finalidade de criar “um novo modelo social, que priorize o desenvolvimento sadio de nossas crianças e adolescentes”, a Doutrina da Proteção Integral enseja “novas práticas, ações concretas que incidam nas questões do cotidiano, com a promoção de uma cidadania para as nossas crianças e adolescentes de forma responsável e, sobretudo, respeitosa com sua condição de pessoas em processo de desenvolvimento”⁴.

2 VERONESE, Josiane Rose Petry. O Estatuto da Criança e do Adolescente: um novo paradigma. In: VERONESE, Josiane Rose Petry, ROSSATO, Luciano Alves e LÉPORE, Paulo Eduardo. Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 21-40.

3 SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral e o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar. In: VERONESE, Josiane Rose Petry et. al. Direito da Criança e do Adolescente: novo curso – novos temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 131-183.

4 VERONESE, Josiane Rose Petry. O Estatuto da Criança e do Adolescente: um novo paradigma. Op. Cit. p. 36-37

3 MEDIDA SOCIOEDUCATIVA E PENA

Ressalta-se, inicialmente, que imputar significa atribuir a alguém a responsabilidade por um ato, sujeitando a pessoa suscetível à aplicabilidade das normas e sanções previstas no Código Penal.

Nas palavras de Delmanto, "A imputabilidade é a capacidade de a pessoa entender que o fato é ilícito e de agir de acordo com esse entendimento."⁵

Nos termos do artigo 27 do Código Penal, "os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial"⁶.

A Constituição Federal de 1988, no mesmo sentido, confirmou a maioria penal aos 18 anos ao estabelecer que: "Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial."⁷ Destaque-se que por se tratar de cláusula pétrea, tal dispositivo somente poderia ser alterado por uma nova Assembleia Nacional Constituinte.

Desse modo, desde 1990, a legislação especial que responsabiliza os adolescentes – pessoas de 12 a 18 anos de idade – por seus atos é o Estatuto da Criança e do Adolescente.

No lugar de penas, o Estatuto "prevê medidas socioeducativas que são dispostas em grau de severidade, no seu art. 112, dependendo, para a aplicação de cada medida, de algumas questões fundamentais que são: a capacidade do adolescente em cumprir determinada medida, as circunstâncias que sucedeu o suposto ato infracional e a gravidade deste último"⁸, segundo Veronese.

Dentre as medidas socioeducativas previstas no art. 112 do Estatuto, tem-se: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional, além daquelas previstas no art. 101, I a IV do mesmo diploma legal.

O que se observa, portanto, é que a legislação especial a que fazem alusão a Constituição Federal e o Código Penal, não tem a pretensão de penalizar o adolescente, até porque a sua inimputabilidade não lhe permite entender de forma completa a suposta ilicitude de sua conduta, mas antes fortalecer os seus vínculos familiares e comunitários por meio do caráter pedagógico das medidas socioeducativas, pois certamente foi a fragilidade ou deterioração dessas relações que o levou a descumprir preceito legal.

Esclareça-se, todavia, que "não penalizar", no sentido estrito previsto no Código Penal, não significa "não responsabilizar" o adolescente, pois como ressalta Veronese⁹, o Estatuto da Criança e do Adolescente não contempla apenas direitos, como muitos defendem, mas obriga e responsabiliza condutas contrárias ao ordenamento jurídico por meio das medidas socioeducativas, tal como a Lei do SINASE (12.594/2012), que em seu artigo 1º, § 2º, III estabelece que referidas medidas têm entre seus objetivos a "desaprovação da conduta infracional".

5 DELMANTO, Celso Delmanto et al. Código Penal Comentado. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 50.

6 BRASIL. Decreto-lei 2848/1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 abr. 2018.

7 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 abr. 2018.

8 VERONESE, Josiane Rose Petry. Responsabilização estatutária ou responsabilização socioeducativa (sociopedagógica): fundamentos. In: VERONESE, Josiane Rose Petry, ROSSATO, Luciano Alves e LÉPORE, Paulo Eduardo. Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 91-113.

9 VERONESE, Josiane Rose Petry. Direito penal juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores?: o que diz a Lei Sinase: a inimputabilidade penal em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 267.

4 PROJETO DE LEI N. 3734/2012 E SISTEMA ÚNICO DE SEGURANÇA PÚBLICA – SUSP

Embora a Doutrina da Proteção Integral e o Estatuto da Criança e do Adolescente deixem evidente que é diferenciado o tratamento destinado aos adolescentes caso cometam ato infracional, segundo seus objetivos e finalidade, em 23/04/2012 o Poder Executivo apresentou o Projeto de Lei n. 3734, que disciplina, em especial, a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, nos termos do § 7º do art. 144 da Constituição Federal; cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS); e, institui o Sistema Único de Segurança Pública (Susp).

Referido projeto de lei, pautado com urgência para votação na Câmara dos Deputados no último dia 11/04/2018, teve sua redação final aprovada no mesmo dia e encaminhada ao Senado Federal no dia 12/04/2018¹⁰.

Tal redação prevê a inclusão dos agentes e órgãos do sistema socioeducativo no Sistema Único de Segurança Pública (Susp), quando estabelece, em seu art. 9º, § 2º, IX, que: “são integrantes operacionais do Susp: I – polícia federal; II o polícia rodoviária federal; III – polícias civis; V polícias militares; VI – corpos de bombeiros militares; VII – guardas municipais; VIII – órgãos do sistema penitenciário; IX – órgãos do sistema socioeducativo [...]”¹¹ (grifo nosso).

A aprovação da redação do Projeto de Lei n. 3734/2012, que possivelmente será aprovado também no Senado Federal, importa em verdadeiro retrocesso do ponto de vista do Direito da Criança e do Adolescente, pois contraria não apenas a Doutrina da Proteção Integral, mas os princípios e regras gerais sobre a política de atendimento socioeducativo, que se destinam a adolescentes autores de atos contrários à lei penal e encontram-se previstos no Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8.069/90) e Lei do SINASE (Lei 12.594/2012).

Tal projeto, caso se torne lei, vinculará o sistema de atendimento socioeducativo ao sistema prisional, ficando ambos submetidos aos mesmos princípios, diretrizes e objetivos da PNDPDS (Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social), e dessa forma, contaminando o sistema socioeducativo com a cultura prisional e policial, bem como desvirtuando-o dos princípios que devem reger a ação socioeducativa destinada aos adolescentes: fortalecer os seus vínculos familiares e comunitários por meio do caráter pedagógico.

O que parece, na realidade, é que busca o Poder Legislativo criar norma que iguale ou aproxime o tratamento que é dado no sistema prisional aos adolescentes, ou seja, pretende diminuir a maioria penal por via transversal, já que até o momento não obteve êxito na aprovação da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 33/2012¹², dentre tantas outras em trâmite (PECs nºs 74, de 2011; 33, de 2012; 21, de 2013 e 115, de 2015), que estabelece a redução da maioria penal de 18 para 16 anos.

Caso o Projeto de Lei n. 3734/2012 seja aprovado e torne-se lei, o prejuízo social, psicológico e para a vida adulta dos adolescentes que serão submetidos aos mesmos princípios, diretrizes e objetivos da PNDPDS, que muito se aproximará do sistema prisional, será imensurável. A probabilidade de no futuro cometerem novo ilícito será muito significativa.

A expectativa, nesse sentido, é que referido projeto de lei não seja aprovado pelo Senado Federal, ao menos no ponto em que iguala órgãos do sistema socioeducativo às polícias federal, rodoviária federal, civis, militares, guardas municipais e órgãos do sistema penitenciário.¹³

10 BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=542102>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

11 BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=59B76FB155270327E943E98F65FF1936.proposicoesWebExterno1?codteor=1651617&filename=Tramitacao-PL+3734/2012>. Acesso em: 18 abr. 2018.

12 BRASIL. SENADO FEDERAL. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106330>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

13 BRASIL. Pesquisa sobre opinião dos cidadãos a respeito da aprovação ou não da PL 3734/2012: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=542102>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

5 SÚMULA 605 DO STJ E APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL

Paralela à tramitação do Projeto de Lei n. 3734/2012, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aprovou, no dia 14/03/2018, a Súmula n. 605, segundo a qual: “A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos.”

Embora pareça positivo que o Superior Tribunal de Justiça tenha sumulado a questão relativa à possibilidade de o adolescente continuar a submeter-se à medida socioeducativa mesmo após atingir a maioridade penal, salta aos olhos a necessidade de a Corte Superior necessitar colocar uma pá de cal sobre assunto, pois demonstra que efetivamente, dos mais longínquos municípios às grandes metrópoles, há divergência e até mesmo desprezo quanto à aplicabilidade dos princípios basilares da proteção integral e melhor interesse do Direito da Criança e do Adolescente.

Não bastasse a forte presença da Doutrina da Proteção Integral, fundamentada na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, o próprio Estatuto admite, em seu artigo 121, § 5º, a possibilidade de extensão da medida socioeducativa até os 21 anos de idade. Não haveria, portanto, que suscitar qualquer dúvida a respeito do assunto, sendo inclusive desnecessária a criação da Súmula 605.

Mais uma vez, portanto, o que se observa é a tentativa de órgãos públicos, como o Ministério Público e Poder Judiciário, exigirem e permitirem que o adolescente passe a cumprir pena no sistema prisional tão logo atinja a maioridade penal, sem levar “em consideração a continuidade da medida socioeducativa, que tem o fim de educar e ressocializar o menor¹⁴”, segundo a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Do contrário, ter-se-ia uma verdadeira tragédia, pois aquele adolescente, já submetido à medida socioeducativa, seria deslocado para um estabelecimento penitenciário, onde teria contato com adultos que cumprem as mais variadas penas, dificultando sobremaneira a sua ressocialização. Formar-se-ia, sem sombra de dúvida, um “criminoso” para retornar à sociedade.

Nesse sentido, se “o Estatuto compreende que a melhor forma de intervir nesse adolescente em conflito com a lei, ao desaprovar a conduta infracional (v. Art. 1º, III da Lei do Sinase) é incidir positivamente na sua formação, servindo-se, para tanto, do processo pedagógico, como um mecanismo efetivo, que possibilite o convívio cidadão desse adolescente autor de ato infracional em sua comunidade [...]”¹⁵, educando-o para a vida social, seria totalmente descabido e prejudicial retirá-lo desse sistema porque completou 18 anos e introduzi-lo no sistema penal.

Como destaca Josiane Rose Petry Veronese¹⁶:

As medidas [do Estatuto] além de serem sociais, o são também ‘educativas’. A educação como uma estratégia de intervenção sobre o adolescente autor de ato infracional. Observe-se que não nos referimos a ‘tratamento’, mas sim em ‘intervenção’, como um procedimento que, se aplicado dentro das matrizes do Estatuto, é capaz de possibilitar uma efetiva inserção desse adolescente na sociedade. Talvez, até fosse mais adequado falarmos que esse adolescente se sentisse parte, configurando aí a ideia de pertencimento.

Com efeito, o deslocamento do adolescente submetido à medida socioeducativa para o estabelecimento prisional, por ter atingido a maioridade, sem a menor dúvida ceifaria-lhe de forma considerável a possibilidade de reinserção em sua comunidade, situação que importa em evidente desrespeito à Doutrina da Proteção Integral, presente na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

14 STJ – HC 319.987/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJS 03/05/2016.

15 VERONESE, Josiane Rose Petry. Responsabilização estatutária ou responsabilização socioeducativa (sociopedagógica): fundamentos. In: VERONESE, Josiane Rose Petry, ROSSATO, Luciano Alves e LÉPORE, Paulo Eduardo. Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 91-113.

16 Idem, p. 268.

6 O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ESQUECIDO

A partir da reflexão acima, constata-se que em variadas situações, o Direito da Criança e do Adolescente é simplesmente esquecido ou até mesmo ignorado. Legisladores criam leis, juízes decidem e promotores de justiça requerem a sujeição de adolescentes ao cumprimento de penas após completarem 18 anos, em total desacordo com os preceitos e princípios presentes na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A supremacia do Direito Penal e do Sistema de Segurança Pública é flagrante, pois utilizados forçadamente contra pessoas ainda em fase de desenvolvimento, que sequer atingiram a maioridade penal, mas que por sua condição especial, de criança e adolescente abandonado ou violentado, deve ser penalizado duas vezes: pela violência que já sofreu em casa – se tiver moradia – e que o levou a cometer o ato infracional; e a possível penalização que sofrerá no sistema prisional, seja pela política de segurança “geral” que se pretende criar por meio do PL 3734/2012, seja pela divergência que antecedeu a Súmula 605 do STJ.

Sendo assim, é evidente que o Direito da Criança e do Adolescente pode ser considerado um direito esquecido, pois em situações que envolvem atos infracionais praticados por adolescentes, a proteção integral, melhor interesse e todo o arcabouço de proteção a essas pessoas hipervulneráveis são completamente abandonados, mantendo-se ainda, como se constata acima, o pensamento baseado no Direito Penal.

7 CONCLUSÃO

As finalidades da medida socioeducativa e da pena são completamente distintas. Enquanto a primeira procura recolocar o adolescente em seu ambiente social e tem caráter eminentemente pedagógico; a segunda tem o sentido de prevenção contra ocorrência de crimes e de retribuição caso eles efetivamente ocorram, praticada contra maiores de 18 anos.

No mês de abril de 2018, contudo, o que se observou no país, por nosso Legislativo e Judiciário, são condutas que igualam estas duas formas tão diversas de resposta do Estado pela prática de ato ilícito, a partir da urgência no trâmite do Projeto de Lei 3437/2012 e da criação da Súmula 605 no STJ.

Ambos intentam forçar adolescentes, portanto menores de 18 anos, a submeterem-se ao regime prisional, o qual, é sabido, se trata de uma “fábrica do crime”.

O que se observa, pois, é que a Doutrina da Proteção Integral e Estatuto da Criança e do Adolescente fazem parte de um direito que na maior parte das vezes é esquecido, abandonado, especialmente quando o legislador, membro do Ministério Público e magistrado deparam-se com o ato infracional praticado por adolescente. Um venda em seus olhos parece turvar a realidade de que existe um regime jurídico próprio a que estas pessoas, ainda em desenvolvimento, estão submetidas.

A expectativa, portanto, é que os agentes públicos operem numa perspectiva social e humanitária, direcionada a esses adolescentes praticantes de ato infracional; que seja foco de suas preocupações o ambiente de pobreza e violência em que vivem essas pessoas, e que por meio de medidas efetivamente socioeducativas – e não penas – possam transformar a realidade de cada um, tornando-se seres humanos capazes de viver uma vida digna e responsável, algo que lhes foi negado desde o nascimento, no âmbito familiar e social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código penal. Decreto-lei 2848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 Fev. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 7 de fev. 2018.

_____. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990:** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 08 de Jan. 2018.

_____. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996:** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 8 Jan. 2018.

_____. **Câmara dos Deputados.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=542102>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. **Câmara dos Deputados.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=59B76FB155270327E943E98F65FF1936.proposicoesWebExterno1?-codteor=1651617&filename=Tramitacao-PL+3734/2012>. Acesso em: 18 abr. 2018.

DELMANTO. Celso Delmanto *et al.* **Código Penal Comentado.** 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SENADO FEDERAL. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106330>>. Acesso em: 18 abr.2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas.** São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Direito penal juvenil e responsabilização estatutária:** elementos aproximativos e/ou distanciadores?: o que diz a Lei Sinase: a inimizabilidade penal em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

_____. *et. al.* **Direito da Criança e do Adolescente: novo curso – novos temas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

AS FACETAS DO NEOLIBERALISMO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA SOCIOEDUCAÇÃO DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI NO SUDESTE BRASILEIRO

THE FACETS OF NEOLIBERALISM AND CONSEQUENCES ON THE SOCIOEDUCATION OF ADOLESCENTS IN CONFLICT WITH THE LAW IN SOUTHEASTERN BRAZIL

Tatiana Emmerich¹

Resumo: Não é de hoje que a sociedade brasileira enfrenta problemas sociais graves advindos do susten-táculo das desigualdades sociais, que resultam na manutenção de classes, excluindo determinados gru-pos do acesso digno a direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição de 1988, como por exemplo, a educação. Desta maneira, o tema escolhido tem como propósito verificar se as medidas socioeducativas postas pelo Estado, possuem ou não resquícos de punição geradas pelo poder simbóli-co Estatal e, principalmente, as consequências do neoliberalismo na socioeducação de adolescentes em conflito com a Lei, a partir de uma metodologia que usou a pesquisa bibliográfica como referência. Os resultados encontrados foram de que a ressocialização está longe de ser alcançada, visto que a maio-ria das unidades de internação sofrem pela superlotação, e conseqüentemente a falta de professores e outros profissionais que possam suprir a necessidade dentro centros socioeducativos na região sudeste.

Palavras- chaves: Neoliberalismo. Socioeducação. Jovens em conflito com a lei. Internação. Sudeste.

Abstract: *It is not today that Brazilian society faces serious social problems arising from the support of social inequalities, which result in the maintenance of classes, excluding certain groups of decent access to rights and fundamental guarantees guaranteed by the Constitution of 1988, for example, education. In this way, the chosen theme has as a purpose to verify if the socio-educational measures put in place by the State, have or do not have remnants of punishment generated by the State symbolic power and, mainly, the consequences of neoliberalism in the socioeducation of adolescents in conflict with the Law, from a methodology that used the bibliographic research as reference. The results found that resocialization is far from being achieved, since most hospitalization units suffer from overcrowding, and consequently the lack of teachers and other profes-sionals who can supply the need in socio-educational centers in the southeast region.*

Keyword: Neoliberalism. Socioeducation. Young people in conflict with the law. Hospitalization. Southeast.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes. Advogada. Professora Universitária Pós Graduação Estácio e UNISUAM. Pós - Graduada em Direito Penal Econômico e Europeu, pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu IDPEE, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais IBCCRIM. Mestre pela Universidade Federal do Rio de Janeiro pelo Programa de Pós Graduação em Políticas Públicas em Direitos Humanos (UFRJ / PPDH) Pesquisadora do Grupo de Pesquisas Matrizes Autoritárias do Processo Penal Brasileiro: A Prova Penal e o Sistema de Controles Epistêmicos. (Faculdade Nacional de Direito - LADIH/UFRJ) Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0353875902696380>>

1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje que a sociedade brasileira enfrenta problemas sociais graves advindos dos sustentáculos das desigualdades sociais, podendo citar as altas taxas de desemprego, violência urbana e simbólica, que resultam na manutenção de classes, excluindo determinados grupos do acesso digno a direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição de 1988, como por exemplo, a educação. Isto, impede a instauração de uma sociedade mais igualitária, consequência cruel da adoção de ideologias neoliberais.

A crescente violência se tornou característica cotidiana dos estados brasileiros, principalmente na região sudeste, que possui as maiores megalópoles, e, assim um dos maiores índices de violência urbana do país. Porém, deve-se ressaltar, que a violência no Brasil só se torna um problema a ser resolvido, quando a vítima é detentora de algum tipo de poder, este podendo ser político, financeiro ou social.

Por vezes, a mídia “esconde” da sociedade os altos índices de homicídios tendo como vítimas meninos, pobres, negros e moradores de áreas periféricas, consequências negativas da manutenção do poder simbólico e do estado de anomia em que vive a sociedade brasileira frente a problemas sociais.

Desta maneira, o tema escolhido para este artigo: As facetas do neoliberalismo e suas consequências na socioeducação de adolescentes em conflito com a lei no sudeste brasileiro (SOUZA, 2018) que tem como propósito verificar se as medidas socioeducativas postas pelo Estado, possuem ou não resquícios de punição geradas pelo poder simbólico Estatal e, principalmente, as consequências do neoliberalismo na socioeducação de adolescentes em conflito com a Lei.

A partir de dados que foram fornecidos pelo Panorama Nacional a Execução de Medidas Socioeducativas de Internação, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2012, será feita uma análise sobre a situação educacional dos adolescentes que cumprem medida socioeducativa de privação de liberdade.

No Sudeste, especificamente no Rio de Janeiro, as medidas socioeducativas de internação são cumpridas dentro do Novo Degase, unidades de cumprimento de medidas socioeducativas, principalmente as privativas de liberdade, como por exemplo a Unidade Santo Expedito (ESSE), esta responsável pela internação de meninos entre 15 a 17 anos de idade.

Esses centros, em tese, objetivam uma educação social, com reeducação/ ressocialização e, deveriam proporcionar aos adolescentes educação abrangente com atividades capazes de oportunizar qualificação profissional de modo geral.

Porém, o que se vê não chega nem perto de ressocialização, visto que a maioria das unidades de internação sofrem pela superlotação, conseqüentemente a falta de professores e outros profissionais que possam suprir esse déficit. A falta de investimento financeiro, é a principal marca do descaso pelas autoridades estatais de implementar políticas públicas capazes de fornecer uma reeducação eficaz.

Isto ocorre em função de adotarmos um modelo neoliberal, onde se sustenta a manutenção de classes, e que no setor educacional age de modo a priorizar a formação menos abrangente e mais profissionalizante, diretamente aliada a um falso jogo de marketing estatal, que “fornece” mais vagas nos sistemas de matrículas escolares do que possuem, maquiando a situação precária do sistema educacional público, que se revela pela falta de condições de trabalho a professores e pela falta de recursos a serem investidos em educação, de modo a inviabilizar novas vagas.

Assim, o trabalho se dividiu em duas partes, para melhor compreensão da matéria, a primeira parte - onde se conceituou o neoliberalismo sob a visão de David Harvey, e uma segunda parte - que abordou a situação cotidiana dos adolescentes em conflito com a lei no sudeste brasileiro, no que tange sua relação com o Estado aplicador de medidas socioeducativas de internação frente aos reflexos do neoliberalismo na condição educacional dos mesmos.

2 MÉTODO

O artigo foi desenvolvido com o uso da metodologia de pesquisa bibliográfica, usando obras de doutrinas relacionadas as áreas jurídicas, econômicas e das ciências sociais. O uso de relatórios de pesquisa, em específico, do Conselho Nacional de Justiça, do ano de 2012, também foram essenciais para o debate do tema escolhido.

3 DISCUSSÃO E RESULTADOS

3.1 CONCEITO DE NEOLIBERALISMO SEGUNDO DAVID HARVEY

O neoliberalismo advém do liberalismo econômico clássico e se originou nos Estados Unidos da América. Este pode ser entendido como uma ideologia política e econômica capitalista, que visa o mercado e o consumo, sustentando o argumento de não participação do Estado na economia.

Esta nova forma de pensar o liberalismo, se consubstanciou a partir de sedutoras convicções pautadas principalmente na liberdade individual com base na dignidade da pessoa humana, tendo como marco temporal o mundo pós-guerra fria.

Dessa maneira, foi possível implantar um capitalismo global frente as grandes corporações internacionais, que cresceram através da “liberdade individual”. Neste interim, Harvey escreveu uma de suas principais obras: “Breve Relato do Neoliberalismo”, onde o autor fez uma análise histórica e crítica da teoria do neoliberalismo, face suas implicações na atualidade:

Uma teoria das práticas político-econômicas que propõe que o bem-estar humano e pode ser melhor promovido liberando-se as liberdades e capacidades empreendedoras individuais no âmbito de uma estrutura institucional caracterizada por sólidos direitos a propriedade privada, livres mercados e livre comércio. O papel do Estado é criar e preservar uma estrutura institucional apropriada a essas práticas; o Estado tem de garantir, por exemplo, a qualidade e integridade do dinheiro. Deve também estabelecer as estruturas e funções militares, de defesa, da polícia e legais requeridas para garantir direitos de propriedade individuais e para assegurar, se necessário pela força, o funcionamento apropriado dos mercados. Além disso, se não existirem mercados (em áreas como a terra, a água, a instrução, o cuidado de saúde, a segurança social ou a poluição ambiental), estes deverão ser criados, se necessário pela ação do Estado. Mas o Estado não deve aventurar-se para além dessas tarefas. As intervenções do Estado nos mercados (uma vez criados) devem ser mantidas num nível mínimo, porque, de acordo com a teoria, o Estado possivelmente não possui informações suficientes para entender devidamente os sinais do mercado (preços) e porque poderosos grupos de interesse vão inevitavelmente distorcer e viciar as intervenções do Estado (particularmente nas democracias) em seu próprio benefício. (HARVEY, 2007, p. 12).

Harvey é um crítico do modelo neoliberal, que é aliado a ideia de que o neoliberalismo foi uma espécie de subterfugio encontrado para que o Estado, antes de se ocultar ou enfraquecer, passasse a trabalhar em prol do mercado e do grande capital internacional, mascarando suas faces ocultas e perigosas, que segundo o autor compõem-se dos seguintes pontos abordado na tabela a baixo:

Quadro 1- Consequências do Neoliberalismo

I - Domínio geopolítico estadunidense	Com o resultado de diminuição dos recursos para a esfera social dos Estados expõe a população global ao empobrecimento ainda mais profundo.
II - Nutriz ideológica a partir dos ideais de liberdade, de multiculturalismo e de democracia	Com base na propriedade privada e no livre-empresendedorismo, que implicou em remeter a um relicário conceitual as ideias de igualdade e de justiça social. Porém, no consumismo narcisista, e em outras dimensões estético-teóricas que buscam os conhecimentos pautados na dialética, nas reflexões sobre poder e exploração do trabalho.
III- Base conservadora	Contraditória aos ideais de liberdade. Promoção da ortodoxia em torno do neoliberalismo, refletindo em crises em alguns países, como por exemplo, o México, onde ocorreu um massacre neoliberal. Onde empreendeu-se um processo de recolonização ou colonialismo sem colônias.

Desta forma, o neoliberalismo concatenou à reestruturação produtiva do capital com base no modelo de acumulação flexível, onde Harvey através de sua crítica ao modelo, nos chama atenção para a luta política em prol da criação de alternativas às ações hegemônicas, bem como, uma luta contra a característica antidemocrática e autoritária do neoliberalismo. Isso faz com que o conceito de liberdade usado pelo modelo neoliberal seja relativizado.

Assim, quando relacionamos o neoliberalismo com o tema deste artigo, devemos ressaltar que a área da educação deixa de servir como um campo social para adquirir características funcionais de mercado.

Esse fator acaba sendo um agravante da delicada situação de jovens em conflito com a lei, que cumprem medidas de internação nos sistemas socioeducativos, uma vez, que a escola passa a ser um ambiente de adequação à ideologia dominante.

Para Andriolli (2002, p.1):

Em contrapartida, a crise do capitalismo em nível mundial, em especial do pensamento neoliberal, revela, cada vez mais, as contradições e limites da estrutura dominante. A estratégia liberal continua a mesma: colocar a educação como prioridade, apresentando-a como alternativa de "ascensão social" e de "democratização das oportunidades". Por outro lado, a escola continua sendo um espaço com grande potencial de reflexão crítica da realidade, com incidência sobre a cultura das pessoas. O ato educativo contribui na acumulação subjetiva de forças contrárias à dominação, apesar da exclusão social, característica do descaso com as políticas públicas na maioria dos governos.

De modo a fazer com que a educação perca seu potencial virtuoso e se volte apenas para um papel estratégico e empresarial de preparar para o trabalho, atendendo às necessidades da livre iniciativa e fazendo a manutenção das desigualdades, e, desta maneira, impossibilitando a ressocialização de jovens dentro e fora dos sistemas socioeducativos.

3.2 JUVENTUDE, VIOLÊNCIA, ESTADO “SOCIOEDUCADOR” E NEOLIBERALISMO

No Relatório do Panorama Nacional a Execução de Medidas Socioeducativas de Internação, realizado no ano de 2012, pelo Conselho Nacional de Justiça, é na adolescência em que acontece o desenvolvimento da própria personalidade e também é onde se encontram os maiores índices de atos infracionais registrados no Brasil, principalmente entre as faixa etária dos 15 a 17 anos.

A falta de amparo familiar desses jovens, por muitas vezes, gera a necessidade de buscar em outros grupos sociais o que não tiveram dentro de seus lares. Vítimas indefesas da violência simbólica e da falta de assistência em todos os setores sociais, a maioria destes são acolhidos por grupos que gerenciam o mundo do crime, aliciando estes jovens, oferecendo altos salários e o poder que nunca tiveram. Assim, a lei da rua é posta aos adolescentes, que ingressam na vida do crime sem perspectiva de saírem.

Desta maneira, o que percebemos é a manutenção do poder simbólico através de medidas socioeducativas inefcazes, na tentativa frustrada de “proteger” o que na verdade se tenta mascarar, visto a precariedade dos centros de cumprimento de medidas socioeducativas.

O Estado por meio de seu poder simbólico faz a construção social de uma cultura, que precisa de manutenção para que todos sejam captados (Cultura do Controle de Garland)², é desta maneira que a violência simbólica começa a ter “forma”, impondo “legitimamente” e de maneira agressiva a cultura dominante.

A interiorização desta cultura, faz da violência simbólica, aparentemente não visível aos olhos, uma violência que aliena, já que o próprio oprimido não se sente na posição de estar sendo violentado, como acontece com os adolescentes em conflitos com a Lei, já que a situação que se perpetua ao longo da história e se torna algo inevitável no futuro.

Não existe ressocialização, mas sim uma maquiagem de problemas sociais graves, que derivam de outros mais basilares, como a falta educação pública de qualidade desde a alfabetização.

O problema da educação também é influenciado por ideologias neoliberais, que assumem o controle através de uma falsa esperança de colocar a educação como prioridade, porém não é isso que acontece, segundo Andriolli (2002, p.2):

De acordo com o Banco Mundial são duas as tarefas relevantes ao capital que estão colocadas para a educação: a) ampliar o mercado consumidor, apostando na educação como geradora de trabalho, consumo e cidadania (incluir mais pessoas como consumidoras); b) gerar estabilidade política nos países com a subordinação dos processos educativos aos interesses da reprodução das relações sociais capitalistas (garantir governabilidade). É evidente que a preocupação do capital não é gratuita. Existe uma coerência do discurso liberal sobre a educação no sentido de entendê-la como “definidora da competitividade entre as nações” e por se constituir numa condição de empregabilidade em períodos de crise econômica. Como para os liberais está dado o fato de que todos não conseguirão “vencer”, importa então impregnar a cultura do povo com a ideologia da competição e valorizar os poucos que conseguem se adaptar à lógica excludente, o que é considerado um “incentivo à livre iniciativa e ao desenvolvimento da criatividade”. Mas, e o que fazer com os “perdedores”? Conforme o Prof. Roberto Lehrer (UFRJ), o próprio Banco Mundial tem declarado explicitamente que “as pessoas pobres precisam ser ajudadas, senão ficarão zangadas”. Essa interpretação é precisa com o que os próprios Banco têm apresentado oficialmente como preocupação nos países pobres: “a pobreza urbana será o problema mais importante e mais explosivo do próximo século do ponto de vista político.

Desta maneira o Estado mantém o discurso da cultura dominante, naturalizando desigualdades que justificariam o abandono estatal desses adolescentes em conflito com a lei.

3.3 SITUAÇÃO ESCOLAR DOS ADOLESCENTES E OS REFLEXOS DO NEOLIBERALISMO

Um dos reflexos negativos do neoliberalismo esta diretamente relacionando a situação escolar dos jovens em conflito com a lei no sudeste brasileiro. Isto acontece, em virtude da maioria dos meninos, mesmo antes de ingressar ao sistema socioeducativo, já possuir algum deficit educacional, por exemplo, taxas consideráveis de analfabetismo ou abandono escolar.

² David Garland é um importante jurista e sociólogo da área de criminologia. Professor da Universidade de Nova York. O Autor busca compreender em que grau as mudanças nas instituições levaram a uma mudança nas sensibilidades a qual tornou possível que a sociedade aceitasse melhor uma nova cultura do controle, principalmente nas sociedades com taxas altas de crimes.

Segundo Andriolli (2012, p.3):

A conjuntura das políticas educacionais no Brasil ainda demonstra sua centralidade na hegemonia das ideias liberais sobre a sociedade, como reflexo do forte avanço do capital sobre a organização dos trabalhadores na década de 90. A intervenção de mecanismos internacionais como o FMI e o Banco Mundial, aliada à subserviência do governo brasileiro à economia mundial, repercutiu de maneira decisiva sobre a educação. Em contrapartida, a crise do capitalismo em nível mundial, em especial do pensamento neoliberal, revela, cada vez mais, as contradições e limites da estrutura dominante. A estratégia liberal continua a mesma: colocar a educação como prioridade, apresentando-a como alternativa de "ascensão social" e de "democratização das oportunidades". Por outro lado, a escola continua sendo um espaço com grande potencial de reflexão crítica da realidade, com incidência sobre a cultura das pessoas. O ato educativo contribuiu na acumulação subjetiva de forças contrárias à dominação, apesar da exclusão social, característica do descaso com as políticas públicas na maioria dos governos.

Assim, na pesquisa do Panorama Nacional a Execução de Medidas Socioeducativas (2012), 93% dos jovens foram alfabetizados, contendo 8% de taxa de analfabetismo, porém a idade média em que interromperam seus estudos foi de 14 anos de idade, o que corresponde ao primeiro grau incompleto.

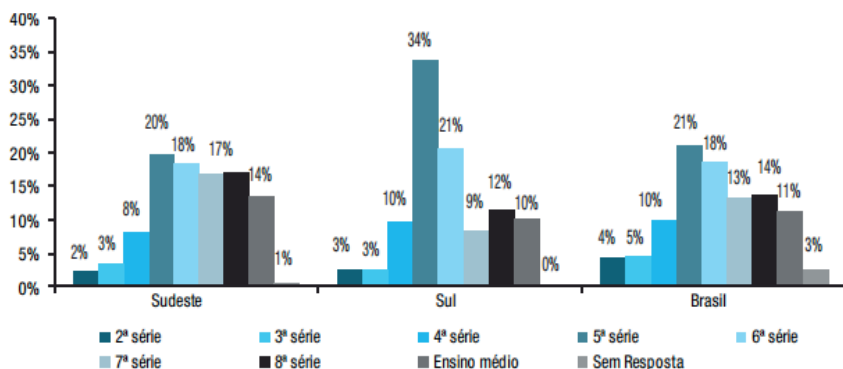
Gráfico 1 – Média de idade em que os adolescentes interromperam os estudos

Região	Idade Média
Centro-Oeste	14,2
Nordeste	13,7
Norte	13,7
Sudeste	14
Sul	14,3
Total	14

Fonte: DMF/CNJ | Elaboração: DPJ/CNJ

A mesma pesquisa também ressaltou que há uma porcentagem maior de adolescentes cuja última série cursada foi a quinta e a sexta série do ensino fundamental, como vemos no gráfico:

Gráfico 2 – Última série escolar cursada pelo adolescente



Fonte: DMF/CNJ | Elaboração: DPJ/CNJ

Os motivos que levam ao abandono escolar pelos adolescentes, geralmente, têm relação com a dificuldade de aprendizado, complementar a falta de incentivos dentro da escola, que fora moldada em formas tradicionais e que não se revelam atraentes aos adolescentes.

Outro motivo relevante, se deve ao uso de substâncias entorpecentes dentro e fora do ambiente escolar, que por muitas vezes resultam em casos de abandono escolar, ou até mesmo expulsões pela não cumprimento das normas estabelecidas pela escola.

A escola que temos hoje é ineficiente, visto que ela é aquela que expulsa os alunos que não se enquadram no perfil “adequado”, ao invés de ensiná-los e atraí-los para o ambiente educacional.

O Panorama Nacional a Execução de Medidas Socioeducativas (2012) também revelou que no Brasil 57% dos jovens declararam que não frequentavam a escola antes de ingressar na unidade. Consequentemente, apenas poucos adolescentes que estão cumprindo medidas de socioeducação, não possuem divergência entre o binômio idade/série.

Porém, um fator improprio que foi observado, é que na Região Sudeste, apenas 10% dos internos declararam não frequentar a escola todos os dias, constatando assim, a grande deficiência do aparelho estatal na aplicação de medidas socioeducativas e de programas sociais voltados à educação.

Isto também pode ser influenciado pelo fato de que nem sempre o ambiente escolar que frequentam esses adolescentes se mostram favoráveis a frequência escolar, revelando a falta de investimento em educação de qualidade.

A importância da educação vem sendo relativizada pela sociedade hedonista, a qual se busca constantemente a saciação de vontades e prazeres, momento em que muitos acabam se redendo ao mundo do tráfico, que os ludibria pela facilidade de prazeres materiais, que revelam uma ascensão de status social no meio em que vivem.

Vale também ressaltar, que historicamente falando, a escola foi desenvolvida para a classe burguesa, não sendo alvo de alcance os adolescentes em conflitos que geralmente pertencem às classes de menor potencial econômico, estes se situando como “inimigos sociais” excluídos de qualquer direito.

Desta maneira, a classe trabalhadora teve que protestar seus direitos e lutar para ter o acesso à educação formal igualitária, porém, o que se viu foi a diminuição da qualidade de ensino quando houve essa ampliação. Segundo Freire (1989, p. 224).

A “despreocupação” pela educação, nos seus aspectos quantitativos, é consequência desse construir histórico que traz em seu bojo, além do desprezo pelas camadas populares, a interdição de muitos ao conhecimento e, portanto, os perpetua na “incompetência”, na “ignorância”, nas “trevas”, no “suicídio”, na “praga negra”, no “cancro”, do analfabetismo.

No Brasil, foi possível perceber esta dinâmica, reflexo também de políticas neoliberais, quando a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional 5692/71, transferiu a responsabilidade da educação antes da federação para Estados e Municípios, que também possibilitou o primeiro grau gratuito e o aumento de vagas/ escolas, mas careceu na qualidade social da educação oferecida à classe trabalhadora.

Assim, temos que ressaltar que neste trabalho não temos a finalidade de atribuir somente à escola a culpa do insucesso, como foi destacado impropriamente pelo discurso neoliberal, o que queremos destacar é que a educação pública do Brasil que se destina à classe trabalhadora e aos adolescentes em conflito é tratada com desvalor.

A desvalorização da educação para as classes trabalhadoras é um fenômeno histórico, e podemos ver isso, por exemplo, na teoria do capital humano, que a educação é concebida de maneira a auxiliar a obtenção máxima de empregos, de renda e principalmente desenvolvimento econômico, maqueando desigualdades sociais e legitimando os sistemas capitalista.

Desta maneira, a educação que seria a priori um direito básico, é colocada como uma mercadoria/investimento, que beneficia o aumento da produção e sobrepujamento do atraso econômico, justificando assim, por meio da meritocracia as desigualdades de renda e de mutabilidade social. Restando a educação: “servir para preparar a mão de obra adestrada e qualificada ao mercado” (FRIGOTTO, 1999, p. 120).

Os reflexos das políticas neoliberais vêm provocando alterações significantes no atual cenário educacional brasileiro, onde o ensino público é colocado como ineficiente, através de hostilidade ideológica, fazendo com que a educação se torne uma mercadoria de desejo e não mais como um direito fundamental, garantido pela Constituição de 88 e extendido a todos.

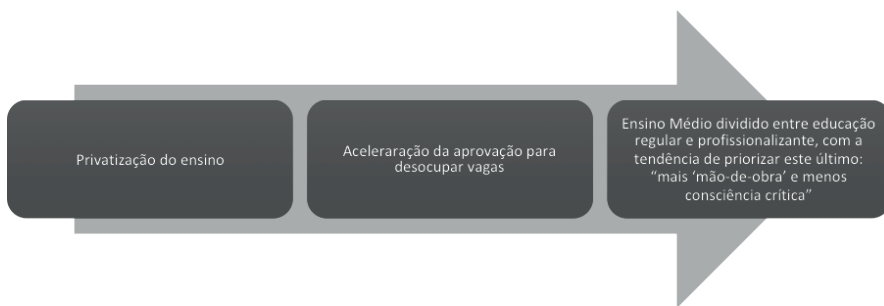
Nesta visão mercadologia neoliberal, o estudante seria o consumidor e a educação privada mercadoria de disputas, isso é feito através de uma política descentralizada que quer diluir aos poucos o direito de todos possuírem o mesmo direito a educação. Isto também progrediu em virtude da mudança dos termos de “igualdade social” para “equidade social”, que segundo Andriolli (2002) existe uma crescente despreocupação com a igualdade como direito de todos, mas como somente a “amenização” da desigualdade.

Assim, o Estado é abraçado pela onda neoliberal, do surgimento de fictícias “escolas consumo” que dão bons frutos, e que disfarçam o deficit educacional das camadas que mais precisam desse direito, desta maneira é possível perceber as garras do neoliberalismo, que disfarça o problema e reduz o alcance da educação, ou seja, se você não tem condições econômicas de um ensino privado, você será excluído, movimentando o sistema capitalista, excludente por natureza.

Com as investidas neoliberais no setor da educação, o conhecimento é secundário, e o central é possuir habilidades, reduzindo o investimento estatal, ou seja, há uma inversão de valores realizadas pelo neoliberalismo, uma vez que a realidade é constituída por uma sociedade do conhecimento, e quem não o tem é totalmente rejeitado.

No casos dos adolescentes em conflito com a lei, a situação não se mostra diferente, mesmo o ECA garantindo no artigo 124: “receber escolarização e profissionalização”, a situação não foi alterada, perpetuando a desigualdade social e econômica, já que dentro das instituições socioeducativas a educação se mostra precária, não sendo um dos objetivos principais, já que quem está ali não possui condições de “adquirir” educação segundo a forma neoliberal, revelando o caráter punitivo das medidas socioeducativas.

Quadro 3- A educação neoliberal



Sem a educação adequada, os adolescentes não conseguem a inserção no mundo que vai recebê-los após cumprimento das medidas, fazendo com que busquem outras formas de sobreviverem, através de atitudes muitas vezes ilícitas, o que acabam o reinserindo novamente dentro do sistema socioeducativo.

4 CONCLUSÃO

A sociedade capitalista influenciada pelas práticas neoliberais, provoca a cada dia o aumento do desemprego, este que impede a ascensão da classe trabalhadora, por uma nova e contraditória maneira de ver o trabalho, onde se impulsiona uma maior qualificação e ao mesmo tempo a desqualificação.

Esta situação é característica de um sistema neoliberal, que por exemplo, no caso dos adolescentes em conflito com lei, acabam por não receber uma educação que os possibilite de ingressar no mercado formal, dentro dos ambientes socioeducativos, de maneira que estejam realmente preparados para enfrentar o elevado o nível de exigência e de escolarização.

Sem a escolarização necessária, que deveria ser proporcionada dentro e fora dos sistemas socioeducativos, esses adolescentes reingressam na sociedade sem a qualificação profissional e experiência de trabalho exigidas, o que aumenta dificuldade de ingresso no mercado e a probabilidade de reincidência por outros atos infracionais, que por muitas vezes são para sustentar vícios e outras necessidades, que garantem sua sobrevivência fisiológica.

Destaco aqui, que pobreza não está vinculada a criminalidade, mas devemos observar quais seriam as reais chances destes jovens em conflito com a lei possuem de refazerem suas vidas, dentro de uma sociedade capitalista marcada pela desigualdade social e pelo discurso dominante, disseminado pelo poder simbólico.

Com o propósito de diminuir a reincidência desses jovens nos sistemas, se faz necessário a modificação concreta suas vidas, que começaria pela implantação de políticas públicas efetivas, que garantam ao mesmo tempo seus direitos fundamentais e condições dignas de estudo e trabalho.

Assim, as medidas socioeducativas deveriam priorizar e auxiliar esses jovens na superação da condição de exclusão, redirecionando-os para a inserção social, principalmente através da educação, que emancipa os jovens de sua situação infracional, bem como, amplia sua visão crítica do mundo.

Outra forma, também seria investir em programas de políticas públicas para a elevação das condições escolares e laborais para a efetivação das medidas socioeducativas, bem como, na construção da escola unitária, que segundo Gramsci (1991), seria a escola não hierarquizada de acordo com as classes sociais mais ou menos favorecidas, mas sim, escolas de todos os níveis de ensino que prepare de maneira igual os indivíduos às mesmas oportunidades profissionais.

Entendemos que a escola unitária, poderia ser uma boa alternativa para reverter a situação, onde o poder simbólico através do discurso dominante poderia perder sua força e impediria o avanço dos reflexos neoliberais na educação, principalmente no que tange as práticas socioeducativas.

REFERÊNCIAS

- ANDRIOLI, Antônio I. **O que haveria de positivo no neoliberalismo?** In: Correio da Cidadania, São Paulo, 13 a 20 de nov. de 1999.
- BRASIL. **Panorama Nacional a Execução de Medidas Socioeducativas de Internação.** Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 2012. BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- FREIRE, Paulo. **Learning to Question: A Pedagogy of Liberation.** Praeger Publishers, 1989.
- FRIGOTTO, Gaudencio. **A produtividade da escola improdutiva.** 5.ed. São Paulo: Cortez, 1999.
- GRAMSCI, Antônio. Cadernos do cárcere. Os intelectuais. O princípio educativo. **Jornalismo.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. V.2
- HARVEY, David. **Breve História del Neoliberalismo.** Madrid, Akal, 2007.
- MARX, K. **O 18 Brumário. "Cartas a Kulgelmann".** 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

DE DIREITO



DIREITO:
DE SUSTENTABILIDADE
JURÍDICA E SISTÊMICA

REPUTAÇÃO DIGITAL NO FACEBOOK, SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL E O CONSUMIDOR

DIGITAL REPUTATION ON FACEBOOK, BUSINESS SUSTAINABILITY AND THE CONSUMER

Adriano Augusto Fidalgo¹

Resumo: O presente estudo versa sobre a Reputação Digital no Facebook, Sustentabilidade Empresarial e o Consumidor. Buscou-se harmonizar o convívio de todas essas premissas de modo concomitantemente, já que todos têm importância e função social, inclusive embasados em princípios de ordem constitucional. Em Reputação Digital no Facebook se viram conceitos, enfrentou-se os imagináveis conflitos entre liberdade de expressão e vedação ao anonimato, a exposição de dispositivos legais de interesse do Marco Civil e a importância do CONAR. Em Sustentabilidade Empresarial se apresentou a importância da sustentabilidade das corporações, as ferramentas de Governança Corporativa, *Compliance*, Gestão de Riscos, Auditoria Jurídica e se ilustrou o direito ao esquecimento. Em sede de Consumidor, elencou-se alguns princípios de direito do consumidor, relatou-se incidentes de consumo, a importância dos sites de reclamação, explicitou-se a ética digital, observou-se os casos práticos e a atribuição de indenização pelos abusos da liberdade de expressão. Em conclusão, com alicerce no princípio da dignidade da pessoa humana, constatou-se que é possível a convivência de todos esses valores declinados, de modo sistêmico, e, em última instância, o Judiciário atuará para fulminar os abusos, quando a empresa for atacada indevidamente, no Facebook, com a mácula indevida de sua reputação digital, notadamente quando o consumidor incorrer em abuso de direito.

Palavras-Chaves: Reputação. Digital. Facebook. Sustentabilidade. Empresarial. Consumidor. Liberdade de expressão.

Abstract: *The present study deals with Digital Reputation in Facebook, Business Sustainability and the Consumer. It was sought to harmonize the conviviality of all these premises concomitantly, since all have importance and social function, even based on principles of constitutional order. In Digital Reputation on Facebook one sees concepts, faced the imaginable conflicts between freedom of expression and fence to anonymity, the exhibition of legal devices of interest of the Civil Code and the importance of the CONAR. In Corporate Sustainability, the importance of corporate sustainability, the tools of Corporate Governance, Compliance, Risk Management and Legal Audit were presented and the right to forgetfulness was illustrated. In Consumer's office, some principles of consumer law were mentioned, incidents of consumption were reported, the importance of complaint sites, digital ethics was explained, the practical cases and the award of compensation for freedom of expression. In conclusion, based on the principle of the dignity of the human person, it was verified that it is possible to coexist with all these declined values, in a systemic way, and, in the last instance, the Judiciary will act to fulfill the abuses when the company is attacked improperly on Facebook, with the undue blurring of its digital reputation, especially when the consumer incurs abuse of rights.*

Key Words: Reputation. Digital. Facebook. Sustainability. Business. Consumer. Freedom expression.

¹ Mestrando em Educação. Especialista em Computação Forense pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

1 INTRODUÇÃO

Observar-se-á no mundo fenomênico as situações de incidentes digitais que coloquem em exposição à destacada reputação digital das empresas. As redes sociais vêm cada vez mais gerando informações que estão sendo utilizadas como provas judiciais, segundo destacado por Melo (2013, [1-]).

Em breve síntese, para o presente artigo se adotará que reputação digital é a boa fama mantida no universo eletrônico ou digital, ou seja, nas redes sociais, sites e aplicativos em que uma empresa possa estar exposta, especialmente considerando a sua importância no mundo corporativo, assim como os seus efeitos reais.

Sendo um dos dísticos da empresa a sua marca, um bem incorpóreo e intangível, mas salutar para qualquer pessoa jurídica de direito privado, portanto, merece total respaldo legal. Como bem explicou Roque (1996, p. 156):

A 'marca' é um dos elementos de identificação da empresa. É o nome ou o traço distintivo de um produto ou serviço, de tal maneira que estes fiquem bem identificados. Por exemplo, há diversas marcas de televisores: Sharp, Sanyo, National, Telefunken, Panasonic, CCE. Há também várias marcas de automóveis: Santana, Verona, Monza, Ômega e outras. Essas marcas só podem ser exploradas pela empresa detentora dos direitos de uso delas, devidamente registrada no INPI. Assim, o liquidificador Arno só poderá ser fabricado e comercializado pela empresa que patenteou essa marca no INPI: quem fabricar e vender produtos semelhantes, com essa marca, estará incorrendo em concorrência desleal e uso indevido de marca alheia, sujeito, portanto, às penas da lei.

Ou como sucintamente define Gusmão (2002, p. 15): “*Marca* é o sinal distintivo de determinado produto, serviço ou mercadoria, visualmente perceptível e não compreendido nas proibições legais. Identifica direta e indiretamente produtos ou serviços.” Ademais, devem as corporações lutar por sua marca e reputação, seja no mundo físico, seja no mundo eletrônico, sendo essa uma prerrogativa inalienável e um dever de seus gestores.

2 MATERIAL E MÉTODOS

O presente artigo seguirá caminho dialético empírico, com a observância da legislação aplicável e o estudo de casos narrados pela imprensa, para subsequentes conclusões. Com a devida análise bibliográfica, ainda que se considere o caráter exploratório do artigo, pois não há trabalhos tratando do tema em específico que tem caráter interdisciplinar e transdisciplinar.

Como sabido o Facebook é a maior rede social do mundo, inclusive alguns entendem ser tal rede maior que a própria internet, conforme notícia recentemente divulgada, no site do Jornal o Estado de São Paulo, por Silvestre (2016, [1-]):

Não é novidade dizer que o Facebook é a maior rede social do mundo, com mais de 1,5 bilhão de usuários. Para muita gente, ele é maior que a própria Internet! Mas esse erro de análise não é inócuo: ele está causando impactos decisivos na vida de todos nós, e pouca gente parece perceber isso.

Tal plataforma abre um importante campo de comunicação, sem filtro, para que os consumidores façam críticas a produtos e a serviços que não lhe tenham trazido à satisfação esperada, ou, de outro lado, inclusive lhe tenham causado dano. O que torna a rede social um campo propício para grande exposição dos consumidores e das empresas, colocando em destaque a credibilidade empresarial, transformando a rede social em um “tribunal popular”, por vezes se achincalhando pessoas físicas e pessoas jurídicas, por frustrações ocorridas nas relações de consumo.

A liberdade de expressão em nosso ordenamento jurídico tem status de direito constitucional². Permite que o emitente de um pensamento de expresse sem censura. Contudo, como todo direito, a liberdade de expressão não é um direito ilimitado, pelo contrário, todos os direitos, inclusive constitucionais, encontram limites em outros direitos correlatos ou que lhe deem uma estruturação.

Some-se a isso que, a autotutela sempre deve ser vista com ressalvas pelo direito. Não pode o cidadão comum, mesmo que sendo uma pessoa de bem, mesmo que tenha tido um direito vilipendiado por uma empresa, começar a fazer direito com as próprias mãos sem limites, criando “normas”, “investigando”, “acusando” e “sentenciando”. Isso é um perigo flagrantemente antidemocrático, sem sombra de dúvidas!

Nesta direção explanou Moraes (1999, p. 67-68):

A manifestação do pensamento é livre e garantida em nível constitucional, não aludindo a censura prévia em diversões e espetáculos públicos. Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a consequente responsabilidade civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga.

Em 2015 o intelectual Eco proferiu as seguintes ponderações sobre as redes sociais, a saber:

Crítico do papel das novas tecnologias no processo de disseminação de informação, o escritor e filósofo italiano Umberto Eco afirmou que as redes sociais dão o direito à palavra a uma ‘legião de imbecis’ que antes falavam apenas em um bar e depois de uma taça de vinho, sem prejudicar a coletividade.

Se de um lado temos a liberdade de expressão (artigo 5º, IV, da Constituição Federal), nas palavras da carta constitucional “é livre a manifestação do pensamento”, na mesma oração, o diploma constitucional sentença: “sendo vedado o anonimato”. Portanto, uma dicotomia que em nada carrega contradição em termos, apenas um princípio refreando o outro, na mesma oração. Inclusive o inciso V, do artigo 5º, acima informado, trata do direito de resposta e das possibilidades de indenização.

Neste sentido, bem aclara Silva (1994, p. 238), apontando os ônus da liberdade de expressão, *ipsis litteris*:

A liberdade de manifestação do pensamento tem seus ônus, tal como o de o manifestante identificar-se, assumir claramente a autoria do produto do pensamento manifestado, para, em sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros. Daí por que a Constituição *veda o anonimato*. A manifestação do pensamento não raro atinge situações jurídicas de outras pessoas a que corre o direito, também individual e fundamental, *de resposta*. O art. 5º, V, o consigna nos termos seguintes: *é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*. Esse direito de resposta, como visto antes, é também uma garantia de eficácia do direito à privacidade. Esse é um tipo de conflito que se verifica com bastante frequência no exercício da liberdade de informação e comunicação. Importante que a Constituição assume a tese da indenizabilidade do dano moral, problema controvertido na doutrina, mas já razoavelmente estudado.

O artigo 2º, do Marco Civil, disciplinando o uso da internet no Brasil, tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, assim como outros valores. O inciso II, estabelece que “os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais”. Já o inciso V, preza pela “livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor”. E o inciso VI, elenca “a finalidade social da rede”.

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”

O artigo 3º volta a tratar da liberdade de expressão, conforme *caput* e inciso I, a saber: “Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; [...]” De outro lado, assim como ocorrido no artigo 2º, inciso V, que trata da proteção do consumidor, o artigo 7º, inciso XIII, volta a tratar do tema: “Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...] XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet. [...]”

Portanto, nota-se que são dois princípios observados pelo Marco Civil, a liberdade de expressão e a proteção e defesa do consumidor. Também estampado o da livre iniciativa, referendando a importância das empresas, a sua existência e o seu funcionamento. De modo que, os princípios devem aqui ser compatibilizados e conviverem.

Um dos princípios trazidos pelo Marco Civil foi o da necessidade de educação digital, inscrito nos artigos 26 e 29, do referido diploma. Segundo o artigo 932, I, do Código Civil, os pais são responsáveis pelos atos civis de seus filhos. Portanto, ao postar ou compartilhar algo os adultos são responsáveis pelo que publicam, além de serem responsabilizados pelos de seus filhos menores. Pois pode ocorrer de um menor ofender uma empresa ou seus prepostos pela internet, algo até relativamente usual nos dias atuais.

Hoje em dia quando se coloca um anúncio ou qualquer propaganda de veiculação pública, seja em rádios, televisões e jornais, ou ainda, seja nas redes sociais, sites e mídias correlatas, o veiculador, agência de propagando ou anunciante poderá ser instado a “prestar contas” (no sentido de ser indagado) junto ao CONAR. Mesmo não sendo ele um órgão público, exerce uma função pública e que detém um status de respeito público, notadamente no ramo de publicidade e propaganda.

As situações que acabam nas raízes do CONAR são aquelas que ataquem a moral, o bom senso comum e que são informadas por consumidores ou por seus Conselheiros de ofício, inclusive as suas normas falam em algumas passagens de proteção a dignidade da pessoa humana. Mas as mais comuns são as denúncias de cunho machista, sexista, desrespeito ao consumidor, desrespeito aos idosos, desrespeito as crianças e etc. Apenas para ilustrar, mas podem ocorrer casos de não cumprimento da oferta, propaganda enganosa e demais que violem a legislação ou a moral dominante.

Os números de 2015 do referido órgão ficaram da seguinte maneira, conforme destaca o seu site, no que se refere à quantidade de processos por lá instaurados:

Números:
Processos Instaurados: 241
Anúncios Sustados: 44
Instaurados por Queixa do Consumidor: 128
Instaurados por Denúncia de Autoridade: 7
Conciliações: 53

Normativamente rege o setor o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, emitido pelo CONAR. O artigo 50, do referido Código, especifica as penalidades aplicáveis ao setor.

Da análise dos dados, de 2015, verificam-se as seguintes estatísticas, no que tange a reclamações de consumidores, em termos percentuais: apresentação verdadeira (30,1%); respeitabilidade (23,9%); responsabilidade social (12,9%); adequação as leis (3,7%); cuidados com o público infantil (11,7%), discriminação (3,7%), padrões de decência (4,9%) e diversos 9,2%.

Como se nota, antes de veicular um anúncio, uma propaganda ou uma mensagem institucional (que pode ser considerado anúncio/propaganda, ainda que não seja), as empresas têm que sempre buscar auxílio especializado, pois, além de em tese poderem infringir normas basilares como a Constituição

Federal, o Código de Defesa do Consumidor e demais legislação esparsa, importante observar o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, com o arrimo de um advogado com experiência frente ao órgão, para a boa resolução da eventual demanda ocorrida.

No amago deste artigo a sustentabilidade se aflora quando a empresa, sempre ao postar algo em sua rede social, com certa dose de clarividência, deve pensar e repensar na repercussão que aquele conteúdo terá. E, quando um incidente surgir, por suscitação de um consumidor, sempre observar em que aquilo pode afetar o seu negócio, sua marca, seus demais consumidores e etc.

A sustentabilidade não é apenas relativa à preservação da natureza, como se pensou por muito tempo. As corporações devem agir de modo sustentável, seja respeitando a natureza, seja preservando aos seus funcionários, seja preservando os colaboradores, seja mantendo as suas finanças em dia, seja não se envolvendo em casos de corrupção. Já que muitos empregos dependem do sucesso daquela instituição, além da sua importância para a economia local e nacional.

Como bem explicita Nalini (2011, p. 128) sobre a estrita ligação também existente entre a sustentabilidade e a ética:

Sustentabilidade é uma concepção eminentemente ética. O aspecto moral está em pensar no próximo. Não se imagina que a empresa *só pense no próximo*. Ela é uma organização que visa o lucro. Não é entidade filantrópica. Mas pode pensar também no próximo. Uma concepção adequada de sustentabilidade leva em conta os dois aspectos: obter lucro e disseminar as boas práticas.

Ou numa senda mais internacional, assim defendem Menezes e Nogueira (2011, p. 363), referendando que se deve pensar sobre o tema de modo global:

Dessa forma, não se pode encarar a sustentabilidade como um conceito meramente interno, nacional. Isto porque, e.g., uma empresa norte-americana decide abrir uma filial na China apenas pelo fato da legislação ambiental e trabalhista ser muito mais fluida do que a de seu país de origem, temos uma distorção no mercado que impede de atingir o livre comércio, um vez que não se produz um conceito mínimo obrigacional que os Estados devem ter para coibir algumas práticas ou para que as empresas atuem de forma justa em seu território.

Deste modo, também se pode constatar que ser sustentável é agir de modo ético. E a ética ganha contornos universais, globais, não se pode mais pensar somente de modo micro, eis que com uma análise macro todos podem vencer com nossos atos positivos e dignificantes, inclusive os que ocorrem sem grandes pretensões e de modo superficial nas redes sociais. As empresas vem buscando repassar princípios éticos dentro do que se chama Governança Corporativa.

Segundo definição do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa:

Governança Corporativa é o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo as práticas e os relacionamentos entre proprietários, conselho de administração, diretoria e órgãos de controle. As boas práticas de Governança Corporativa convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso ao capital e contribuindo para a sua longevidade.

Vale dizer que a ótima Governança Corporativa tem o escopo de manter a confiabilidade de uma empresa para os seus acionistas, mantendo a organização de maneira sustentável. De modo a respeitar a comunidade local, ter um plano de carreira definido aos seus colaboradores, dar formação para evolução de todos os seus parceiros, ter postura ética, honrar os seus compromissos, manter-se em dia com os seus pagamentos de tributos e passivo trabalhista e, ainda, procedimentos adequados à legislação do país (*Compliance*), de modo a visar a sua perpetuação como uma empresa sólida e economicamente viável.

Neste sentir, Periard (2009), de forma clara, destacou os benefícios da Governança Corporativa, a saber:

A boa Governança Corporativa contribui para um desenvolvimento econômico sustentável, proporcionando melhorias no desempenho das empresas, além de maior acesso a fontes externas de capital. Por estes motivos, torna-se tão importante ter conselheiros qualificados e sistemas de Governança Corporativa de qualidade. Evitando-se assim diversos fracassos empresariais decorrentes de: a) Abusos de poder – Do acionista controlador sobre minoritários, da diretoria sobre o acionista e dos administradores sobre terceiros; b) Erros estratégicos – Resultado de muito poder concentrado no executivo principal; c) Fraudes – Uso de informação privilegiada em benefício próprio, atuação em conflito de interesses.

Vale dizer ainda, que, conforme apontam os especialistas, o maior escândalo de corrupção do país, apurado na Operação Lava Jato, trata-se de um exemplo clássico de falha grave ou ausência de Governança, o que gerou a notícia intitulada “Falhas em governança custarão até US\$ 59 bi à Petrobrás, diz estudo”, apontando os prejuízos, o cerne da publicação (ALVES, 2015, [1-]):

Segundo estudo da consultoria europeia Management & Excellence, processos civis, trabalhistas, tributários, entre outros, devem render à estatal um custo de US\$ 59 bilhões, sem contar eventuais indenizações que a empresa venha a ter que pagar por processos movidos por investidores nos EUA, por conta do escândalo de corrupção investigado pela Lava Jato. Para efeito de comparação, o valor de mercado da companhia era de US\$ 31,4 bilhões, segundo dados da BM&FBovespa referentes ao valor de fechamento de quarta-feira.

Desta forma, nota-se, com um caso prático a relevância da Governança Corporativa como fundamental instrumento de diagnóstico e prognóstico, para as instituições. Sendo elementar para atuar de modo preventivo, evitando diversas situações desagradáveis às instituições. Vale dizer, brevemente, que dentro de uma instituição as áreas de *Compliance*, Auditoria Interna e Gestão de Riscos, dentre outros, são os sustentáculos que compõe o plexo formador da Governança Corporativa.

Conforme cartilha da BM&F BOVESPA, a *Compliance* vai muito além da conformidade com a legislação exterior, pois se trata de uma questão ética e de cumprimento da normatização interna da empresa, conforme se lê de alguns exemplos, a seguir coletados:

Disseminar a presente política;

- Estruturar, implementar e disseminar o Programa de Integridade aos profissionais da Companhia, fiscalizando o seu cumprimento e coordenando os treinamentos periódicos;
- Auxiliar as áreas de negócio na análise de suas estruturas, produtos e serviços, a fim de alinhá-las às normas emitidas pelos órgãos reguladores e à estrutura normativa interna;
- Acompanhar os planos de ação, quando verificar conduta ou ato em desacordo com as normas emitidas pelos órgãos reguladores, aplicáveis à Companhia;
- Relatar a ocorrência de ato que constitua ilícito administrativo, civil ou penal ao Conselho de Administração, à Diretoria Executiva e à Diretoria Jurídica;
- Produzir relatórios mensais, com os resultados dos trabalhos referentes ao acompanhamento da demanda dos órgãos reguladores, submetidos ao Conselho de Administração e à Diretoria Executiva;
- Participar de discussões a respeito de projetos ou alterações normativas, objeto de audiência ou consultas públicas;
- Coordenar os processos referentes ao Código de Conduta, sem prejuízo das atribuições do Comitê do Código de Conduta.

Destarte, mostra-se o quão a *Compliance* tem importância ímpar dentro das corporações, mas cujos reflexos saltarão *extra muros*, efetivando-se a prevenção contra problemas na área do direito do consumidor e digital, aqui nosso foco máximo, além da manutenção da boa imagem da empresa perante terceiros, junto aos seus funcionários e com os órgãos reguladores. Isto é, dignificando a reputação empresarial e suscitando a perenidade da marca.

A temática é polêmica. Tanto haverá os que defenderão o direito da empresa de não ser atacada, ou, ao menos, que a reclamação seja restrita aos limites do problema, assim como alguns entenderão que a manifestação exacerbada também é ilícita, já que não dá direito do consumidor usar palavras vulgares ou atacar a honra dos sócios da empresa. Efeitos colaterais do empoderamento dos consumidores nas redes sociais.

Um caso bem evidente de que, a Gestão de Riscos nas redes sociais é fundamental se materializou pela polêmica ocorrida em fevereiro, de 2016, no bar Quitandinha, Vila Madalena, em São Paulo, em que a reputação da empresa foi desgastada pela acentuada exposição, conforme notícia que segue:

O bar Quitandinha divulgou um vídeo com imagens de câmeras de segurança do estabelecimento da Vila Madalena, na Zona Oeste de São Paulo, que supostamente exhibe o caso de assédio sexual relatado por uma mulher no dia 5 de fevereiro no Facebook. O vídeo foi publicado na segunda-feira (15) e editado em conjunto com trechos da denúncia, legendas e sem áudio. Veja o vídeo aqui. A mulher relatou em seu post no Facebook que ela e uma amiga foram abordadas por dois homens no bar no dia 4 de fevereiro. Após serem ignorados, eles as teriam xingado e agredido. Ela afirmou ter recorrido ao garçom e ao gerente e conta que, ao invés de ajudá-las, os funcionários do bar explicaram que tratavam-se de clientes de longa data e solicitaram que o segurança as expulsasse do local. O post teve mais de 130.000 likes e mais de 40.000 compartilhamentos.

Independentemente da culpa de lado a lado, o que se tem por certo é que a situação não foi gerida da melhor forma, por todos os envolvidos, expondo a reputação do estabelecimento comercial.

Como se pode notar de um caso relatado no Conjur, matéria assinada por Rover (2013, [1-]), tratando como exercício regular de direito a prerrogativa dos consumidores poderem reclamar:

O consumidor que foi prejudicado por uma empresa pode publicar queixa na internet em sites de reclamações, inclusive sendo 'aceitável seu exacerbado inconformismo e até mesmo certa exasperação de linguagem'. Além disso, o site que oferece este tipo de serviço não possui responsabilidade civil por danos morais decorrentes da inserção pelo usuário, em sua página virtual, de matéria ofensiva à honra de terceiro.

Por outra vertente, Milagre (2013, [1-]), expondo que as reclamações nas redes sociais ou sites de defesa do consumidor devem ter limites:

Recentemente fui solicitado para consultoria em uma empresa que estaria passando por um problema. Segundo o cliente, a empresa estaria sendo difamada na Internet por um consumidor. Difamada, por um consumidor? Ao acessar o site de reclamações pude constatar que não se tratava de uma mera reclamação, mas de um discurso de ódio. 'Espelunca', 'lixo', 'bando de safados' eram alguns dos adjetivos que podemos citar. A questão era de um vício no produto. A mensagem identificava os sócios, suas casas, familiares e generalizava, os rotulando como péssimos prestadores. De fato, ocorreu um problema pontual, mas o consumidor jamais procurara a empresa, preferindo desfilhar sua ira nas redes sociais, impactando na imagem da empresa para milhares de pessoas. No Google, a reclamação passou a ser a primeira referência quando se buscava pelo nome da empresa, que atuava no mercado há mais de vinte anos e que em sua trajetória colecionava premiações e reconhecimento público.

Como se nota, qualquer vacilo do empresário ou uma falta de atendimento adequado poderá ser um gatilho para um incidente de consumo. De outro lado, cabe ao empresariado ver se a situação não foi reclamada por um perfil *fake*, patrocinada por um inimigo ou concorrente, por exemplo. Indagar se a pessoa que reclama realmente fora sua cliente. E inferir, de modo investigativo, até que ponto aquela reclamação é justa e não extrapola o direito do consumidor. Valendo relembrar que, ninguém tem direito ilimitado em algum assunto, todos os direitos se limitam por outros direitos.

Desta maneira, criar uma mentalidade de ética digital é crucial! Ensinar aos jovens a criar uma reputação digital é elementar. Pois muitas empresas contratam considerando os perfis das pessoas nas redes sociais, antes e durante a contratação.

Nessa levada, o homem é um ser ético. E a dignidade da pessoa humana sempre deve ser o centro das atenções. Com essa observação pontuaram Rocasolano e Silveira (2010, p. 35):

Pode-se afirmar, destarte, que o ser humano não se limita a viver uma vida casual e determinada apenas pelos processos naturais; o homem constrói a sua própria história, fruto das suas constantes decisões histórico-seletivas. Enfatiza-se a ideia do ser humano como ente que é e que deve ser, consciente dessa dignidade. É precisamente da autoconsciência acerca de sua dignidade que surge o conceito de pessoa, segundo o qual o homem não é homem apenas porque existe, mas pelo significado que adquire sua própria vida.

Interessante notar que, a ética está em total antagonismo com a corrupção. Um grande mal do país, arraigado fortemente em nossa cultura. Já antevendo os escândalos da Lava Jato e correlatos, assim bem detalhou Lucca (2009, p. 364), fazendo referências a outro autor:

A verdade é que a chamada *retórica do poder* já enfatiou a todos. Ninguém suporta mais o descalbro ético da sociedade brasileira. A classe empresarial – diz-nos, com propriedade o escritor e empresário Mario Ernesto Humberg – possui a grande responsabilidade de liderar a mudança ética no País, mostrando que a ‘roda do futuro começa a girar de forma diferente’, e asseverando que alguns empresários ‘já estão sensibilizados para essa necessidade de adotar princípios éticos nos seus negócios e estão assumindo essa responsabilidade.’

Especificamente sobre eticidade digital expuseram Freitas, Whitaker e Sacchi (2006, p. 16), deste modo:

Isso significa que as altas heranças das empresas devem estar empenhadas em se atualizar e assessorar-se para estabelecer um processo de comunicação em suas organizações, tendo em vista essa nova ordem instalada na sociedade atual, geradora de tantas inovações. Inovações não somente de ferramentas colocadas à disposição de todos (a informação, por exemplo, hoje não é privilégio de alguns, está disseminada por toda parte), mas também inovações provocadas na pessoa: em diretores, acionistas, colaboradores, concorrentes, fornecedores e clientes das empresas. Deve haver um esforço de aperfeiçoamento contínuo, estruturado pelas altas lideranças das empresas, direcionado a todos os seus *stakeholders*. Isso exige constante e permanente atenção com a conotação ética das atitudes das pessoas.

De um viés acurado se nota que, a eticidade digital auxiliária a resolução de dilemas, notadamente nas relações de consumo, no Facebook, como tratado por aqui. Duelando estarão o direito a manifestação do pensamento frente o respeito à reputação digital da empresa

Para ajudar a dirimir tal aparente conflito, traz-se a baila a hermenêutica jurídica, conforme bem fundamento por Ferraz Jr. (1994, p. 308):

Deste modo a hermenêutica possibilita uma espécie de neutralização dos conflitos sociais, ao projetá-los dimensão harmoniosa – o mundo do legislador racional – na qual, em tese, se tornam todos decidíveis. Ela não elimina, assim, as contradições, mas as torna suportáveis. Portanto, não as oculta propriamente, mas as disfarça, trazendo-as para o plano das suas conceptualizações. Repete-se, pois, na hermenêutica o que ocorre com a dogmática analítica (supra 4.4). Enquanto esta, porém, exerce sua função ao isolar o direito num sistema, o saber interpretativo conforma o *sentido* do comportamento social à luz da incidência normativa. Ela cria assim condições para a decisão. Mas não diz como deve ocorrer a decisão. Para isso existe um terceiro modelo dogmático que toma a própria decisão como seu objeto privilegiado.

A necessidade de educação digital já é uma realidade indesculpável! Urge que a sociedade de um modo geral e as corporações não descuide disso, com urgência para ontem! Enfrentará o presente tópico algumas situações práticas, relatando decisões ou notícias de condenações impostas aos consumidores, observando-se a casuística, como tem atuado o Judiciário para coibir os abusos da liberdade de expressão.

Em notícia do site jurídico Conjur (2015, [1-]), um consumidor foi condenado por acusar uma empresa de contrabando, nestes termos:

Pessoas jurídicas também têm patrimônio moral, que deve ser reparado em caso de ofensa. Esse é o entendimento da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, que condenou um cliente a pagar R\$ 5 mil de indenização a uma empresa de informática por tê-la acusado de contrabando em seu perfil no Facebook. A decisão reformou sentença de instância anterior, que havia julgado o pedido da empresa improcedente. O relator do recurso no TJ-PB, desembargador Leandro dos Santos, ressaltou que os comentários publicados pelo consumidor ultrapassaram a mera crítica ou reclamação, descambando para a imputação, não comprovada de prática delituosa de contrabando por parte da empresa.

Já houve casos de condenação por compartilhamento e curtidas no Facebook. No próximo caso, ora acostado, uma cliente de uma clínica veterinária acusou a médica, indevidamente, como se observa de notícia do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2015, [1-]), sendo que, o tribunal entendeu que tal crítica foi abusiva e ela foi condenada a pagar indenização por danos morais, como se nota:

Uma mulher, moradora de Campinas, pagará R\$ 8 mil de indenização a uma clínica veterinária e uma médica por danos morais. A decisão é da 3ª Câmara de Direito Privado do TJSP. De acordo com os autos, a cadela de estimação da ré apresentou sangramento após uma cirurgia de castração, em abril de 2013, e correu risco de morte. Após o episódio, ela publicou na página de seu perfil no Facebook afirmações tidas como injuriosas a respeito do estabelecimento e da médica responsável pela operação do animal. A dona da clínica ajuizou ação indenizatória, cuja sentença determinou o pagamento de repação de R\$ 5 mil pela internauta. O relator Alexandre Marcondes manteve a condenação e elevou o montante da indenização para R\$ 8 mil.

Tudo deve ser efetivado se utilizando de algum critério. No caso, hoje em dia já se fala de direito humanos de quinta geração, que seriam os direitos digitais. De modo que, também muito se fala de aplicação dos direitos humanos de modo horizontal, inclusive de pessoas físicas para jurídicas e vice-versa. Nesta ordem de ideias, crê-se que um bom parâmetro para solução das situações de conflitos no Facebook, resultem elas em indenizações ou não, deve ter por base o princípio da dignidade da pessoa humana, como pedra angular para se decidir algo sobre o assunto. Sempre se observando as particularidades de caso a caso.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Pelo exposto, buscou-se demonstrar como a Reputação Digital no Facebook, a Sustentabilidade Empresarial e o Consumidor poderão conviver harmonicamente, mesmo que haja tensões, respeitando-se o arcabouço de direitos do consumidor e se preservando a empresa viva e garantindo a sua perenidade.

Identificou-se que a empresa tem o direito de primar pela sua reputação, sua marca, sua clientela, monitorando as ocorrências nas redes sociais, para apurar o que pode ser abusivo, o que tem razão de ser e o que jamais existiu. Urge que se tenha uma postura ativa, pelo empresariado, sob pena de sua derrocada, por não levar a sério o que ocorre em campo digital.

Considerando a função social da empresa, deve ela ser sustentável, respeitando diversos fatores, como acima elencados. E nessa missão, a Governança Corporativa, o *Compliance*, a Gestão de Riscos e a Auditoria Jurídica são fundamentais, conforme acima embasado.

O empoderamento dos consumidores nas redes sociais é candente. Poucas palavras podem destruir uma reputação, por vezes, construída por anos de trabalho duro. O ataque não gerará efeitos apenas frente aos donos das empresas, mas a todos as pessoas a ela interligadas, o que, em tese, é passível de gerar a perda de centenas ou milhares de postos de trabalho, caso a empresa seja média ou grande.

4 CONCLUSÕES

Há suficiente legislação aplicável para se mediar os lados dessa contenda. A Constituição Federal, o Marco Civil e o Código de Defesa do Consumidor são alguns exemplos. Há lei para aplicar, ou seja, não há lacuna legislativa sobre o assunto em tela. Mas, como ocorre não apenas nessa órbita de tensionamento entre os consumidores e os fornecedores, para ajustar lacunas sistêmicas é necessária à utilização de princípios jurídicos.

Normas e sobrenormas a auxiliar o interprete na missão de aplicação do bom Direito. Aqui, no caso em voga, aplicáveis os vetores constitucionais, da liberdade de expressão, da vedação ao anonimato, da livre iniciativa, da legalidade, da proporcionalidade, da razoabilidade e da proteção ao consumidor. Sistemicamente somados e sem antagonismos reais.

Com todos esses elementos descritos, chega-se a conclusão que o consumidor tem o direito de expor sua opinião, desde que com base real e moderada, sem o intento de lesar a imagem da empresa, extrapolando as acusações ou atacando a honra dos gestores ou colaboradores do ente pessoa jurídica.

Como se nota pelos exemplos colhidos, as falhas ocorrem de lado a lado. Às vezes o consumidor crê ter um direito inaliável que lhe garante o direito de livre manifestação. Mas, ele tem que se indagar previamente se tem mesmo tanta razão sobre aquele direito conclamado, pois, o desabafo nas redes sociais poderá lhe custar caro.

Pelo lado da empresa, as falhas vão desde os erros pessoais dos colaboradores que não conseguem lidar com tal ou qual situação, até erros de falta de treinamento, falta de documentos da empresa que determinem certas posturas, como um Código de Ética, um Termo de Política de Uso ou um Regulamento Interno que, podem ser relevantes, como um bom instrumental e fazerem toda a diferença.

Mas, o que parece fazer a diferença sobremaneira é a suscitação da conscientização, advinda de uma educação do indivíduo, para que ele fique cômico de seus direitos e obrigações no mundo digital e, para que saiba, sem sombra de dúvidas, que o mundo digital traz reflexos no mundo real, já que plenamente interligados, ou melhor dizendo, são o mesmo mundo. E vale repetir, a internet não é terra sem lei!

O que será elementar para se definir se uma postagem de um consumidor é ilícita ou não é a questão de se mensurar a sua proporcionalidade, ligada à realidade do que se alega, para que se possa criar uma convicção e precisar se aquela postagem fere direito da empresa à sua reputação digital.

Sem prejuízo de opiniões contrárias, o que se pode questionar também é se a solução não foi tentada em outras vias, antes de uma postagem mais arrojada, com uma reclamação ao SAC, contato ao Ombudsman³ da empresa ou a comunicação por qualquer outro canal existente na internet ou fora dela.

Ora, entende-se que a pedra fundamental para se alicerçar uma decisão sobre se a reclamação é devida ou indevida será o princípio da dignidade humana, tanto para se avaliar se o consumidor foi malferido em um direito seu elementar, quanto, do lado antagonico, em homenagem ao princípio da isonomia, para se avaliar se o direito à dignidade humana, dentro da empresa, na pessoa de seus proprietários e funcionários, também não foi vilipendiada.

3 Ombudsman é uma palavra sueca que significa representante do cidadão. Designa, nos países escandinavos, o ouvidor-geral, função pública criada para canalizar problemas e reclamações da população. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ombudsman/2014/09/1520973-o-que-e-o-cargo-de-ombudsman.shtml>>. Acesso em: 30 maio 2016.

Em caso de legalidade e legitimidade da publicação ela será convalidada pelo Judiciário e demais órgão de Defesa do Consumidor ou que analisem tais publicações, como o CONAR, quando a empresa publicar algo indevido ou que viole direitos consumeristas.

Do lado da empresa, caso constatada a ilegalidade e abusividade da publicação, ela poderá pleitear junto ao Judiciário pela remoção do conteúdo, inclusive liminarmente, além de que o ofensor lhe indenize, demonstrando-se abalo de crédito, por exemplo, eventualmente, com a compensação por lucros cessantes e danos emergentes ou até a ocorrência de danos morais, com a comprovação legalmente exigida, no primeiro caso, ou presumida no segundo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Aluísio. **Falhas em governança custarão até US\$ 59 bi à Petrobrás, diz estudo**. Atualização: 11.09.2015. Reuters. Estadão. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/governanca,falhas-em-governanca-custarao-ate-us-59-bilhoes-a-petrobras--diz-estudo,1760542>>. Acesso em: 14 Set. 2015.

ANTONIALLI, Dennys; CRUZ, Francisco Brito. **Os filhos postam, os pais pagam**. Atualização: 25. Jun.2015. Estadão. Disponível em: <http://blogs.estadao.com.br/deu-nos-autos/os-filhos-postam-os-pais-pagam/?doing_wp_cron=1435606880.1109819412231445312500>. Acesso em: 24 Jun. 2018.

AQUINO, Simoni. **As redes sociais e profissionais e sua influência nas seleções**. Atualização: 02.Set.2015. RH Portal. Disponível em: <http://www.rhportal.com.br/artigos/rh.php?idc_cad=euhzks0cs>. Acesso em: 18 Nov. 2015.

BM&F BOVESPA. **Política de Compliance**. Disponível em: <http://ri.bmfbovespa.com.br/fck_temp/26_72/file/Pol%C3%ADtica%20de%20Compliance_05052015.pdf>. Acesso em: 08 Nov. 2015.

BRASIL. **Constituição da Federativa da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069Ccompilado.htm>. Acesso em: 24 Jun. 2018.

_____. Lei nº 8.078, de 11/09/1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12.Set.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 24 Jun.2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10/01/2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11. Jan.2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 27 maio 2016.

_____. LEI nº 12.965, de 23/04/2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24. Abr.2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 30 Maio 2016.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 24 Jun. 2016.

CONSULTOR JURÍDICO. **Excesso de crítica: Consumidor é condenado a indenizar empresa por acusação de contrabando**. Atualização: 04. Out.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-04/consumidor-indenizar-empresa-acusacao-contrabando>>. Acesso em: 27 Maio 2016.

DE LUCCA, Newton. **Da ética geral à ética empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1995.

FREITAS, Lourdes Maria Silva; WHITAKER, Maria do Carmo; SACCHI, Mario Gaspar. **Ética e internet: uma contribuição para as empresas**. São Paulo: DVS Editora, 2006.

GUSMÃO, Mônica. **Direito Comercial. Teoria e Questões**. Rio de Janeiro: Impetus Editora, 2002.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18161/governanca-corporativa>>. Acesso em: 09 Jun. 2015.

MELO, João Ozório de. **Postagem em redes sociais servem como prova**. Atualização: 25.Fev. 2013. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-25/fotos-comentarios-publicados-internet-podem-prejudiciais-acoess>>. Acesso em: 24.Jun.2018.

MENEZES, Wagner; NOGUEIRA, Thiago Rodrigues São Marcos. **Direito internacional, empresa e sustentabilidade**. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (Coordenação). Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito. Justiça, Empresa e Sustentabilidade. V. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MILAGRE, José Antonio. **O abuso do consumidor no direito de reclamar nas redes sociais**. Atualização: 24. Dez. 2014. E-commerce Brasil. Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/eblog/2014/12/24/o-abuso-consumidor-direito-de-reclamar-nas-redes-sociais/>>. Acesso em: 24 Jun. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6. ed São Paulo: Editora Atlas, 1999.

NALINI, José Renato. **Sustentabilidade e ética empresarial**. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (Coordenação). Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito. Justiça, Empresa e Sustentabilidade. V. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PERIARD, Gustavo. **Governança Corporativa: O que é e como funciona**. Sobre Administração. Atualização: 01. Out.2009. Disponível em: <<http://www.sobreadministracao.com/o-que-e-quais-sao-os-beneficios-objetivos-e-vantagens-da-governanca-corporativa/>>. Acesso em: 24. Jun. 2018.

REIS, Vivian. **Bar onde ocorreu suposto assédio divulga imagens de câmeras**. Atualização: 16. Fev. 2016. Globo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/02/bar-onde-ocorreu-suposto-assedio-divulga-imagens-de-cameras.html>>. Acesso em: 26. Mai. 2016.

ROCASOLANO, Maria Mendez; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROQUE, Sebastião José. **Moderno curso de direito comercial**. São Paulo: Ícone Editora, 1996.

ROVER, Tadeu. **Cliente prejudicado: Reclamação de consumidor na internet não gera dano moral**. Atualização: 14. Nov.2013. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-14/reclamacao-exacerbada-consumidor-internet-nao-gera-dano-moral>>. Acesso em: 27 maio16.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 10ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

SILVESTRE, Paulo. **Como o Facebook ficou “maior” que a Internet e como isso afeta você**. Atualização: 12. Fev. 2016. Estadão. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/blogs/macaco-eletrico/como-o-facebook-ficou-maior-que-a-internet-e-como-isso-afeta-voce/>>. Acesso em: 24 jun.2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Ofensas contra médica e clínica veterinária em rede social geram indenização**. Atualização: 09 Fev. 2015. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/institucional/canaiscomunicacao/noticias/Noticia.aspx?ld=25579>>. Acesso em: 27 maio 2016.

UOL NOTÍCIAS. **Redes sociais deram voz a legião de imbecis, diz Umberto Eco**. Turim: 2015. Atualização: 11 Jun.2015. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/ansa/2015/06/11/redes-sociais-deram-voz-a-legiao-de-imbecis-diz-umberto-eco.jhtm>>. Acesso em: 24 Maio 2016.

VOLTOLINI, Ramon. **Perfis em redes sociais são quesitos essenciais avaliados por empregadores**. Atualização: 17. Abr.2014. Tecmundo. São Paulo: 2014. Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/empresas-e-instituicoes/53694-perfis-em-redes-sociais-sao-quesitos-essenciais-avaliados-por-empregadores.htm>>. Acesso em: 18 Nov. 2015.

O PAPEL DO ADVOGADO NA NEGOCIAÇÃO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

THE ROLE OF THE LAWYER IN NEGOTIATION IN CONTEMPORARY SOCIETY

Biela Jr¹.

Gláucia Guisso Fernandes²

Resumo: O presente artigo analisa o papel do advogado no procedimento de negociação no Estado Democrático de Direito, a partir do método de negociação de Harvard e da teoria da comunicação não-violenta, viabilizando a comunicação eficaz, desde o seu planejamento, execução, finalização, incentivando a continuidade das relações humanas, mesmo após o término da negociação.

Palavras-Chaves: Negociação. Advogado. Litígio. Ética. Meios adequados de solução consensual de conflitos.

Abstract: This article analyzes the role of the lawyer in the negotiation process in the Democratic State of Law, based on the Harvard negotiation method and nonviolent communication theory, enabling effective communication from planning, execution, finalization, encouraging the continuity of human relations, even after the end of the negotiations.

Keywords: Negotiation. Lawyer. Litigation. Ethics. Adequate means of consensual solution of conflicts.

1 INTRODUÇÃO

Do latim *negotiatio*, de *negociari*, a negociação significa o entendimento preliminar, de que possa resultar o contrato ou de que possa resultar o negócio, que não se considera acabado ou concluído, enquanto as partes não se ajustam nas condições ou cláusulas, em que se possa realizar, e não firmam, em definitivo, seu consentimento.

A negociação pode ser vista como oportunidade para resolver muitas questões, incluindo os conflitos, sendo uma forma de autocomposição em que as partes buscam caminhos adequados. Para tanto, a negociação não deve ser feita de qualquer forma, deve observar técnicas, deve ser planejada, preparada adequadamente, criada, negociada e, aí sim, devidamente formalizada, alcançando o mútuo acordo e reconstruindo a história entre as partes, no sentido de dar continuidade à paz social nas relações humanas.

Dessa forma, no presente artigo, será analisada a importância da função do advogado como negociador na sociedade contemporânea, considerando sua função social, bem como, a aplicabilidade das técnicas de negociação levando-se em conta o método de Harvard em consonância com a teoria da comunicação não violenta.

1 Advogado e professor de Direito Civil e Ética Profissional. Relator da XVIII Turma Disciplinar do TED da OAB/SP 2012/2015/2018. Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos na área de concentração Responsabilidade Civil Ambiental. Pós-graduado lato sensu em Responsabilidade Civil pela FAAP e em Direito Processual Civil pelo Mackenzie. Possui MBA em Gestão de Negócios Imobiliários pela FMU. Autor de obras jurídicas.

2 Advogada. Conciliadora e Mediadora. Professora de Direito na Universidade Nove de Julho e no Centro Paula Souza. Licenciada em Direito na Universidade São Judas Tadeu. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Metropolitana de Santos. Especialista em Direito Empresarial na Universidade São Judas Tadeu. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil na Escola Paulista de Direito. Instrutora na Oficina de Oratória Forense na Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo.

2 A FUNÇÃO DO ADVOGADO COMO NEGOCIADOR NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A título de considerações iniciais, antes de discorrer sobre a negociação, é importante destacar a relevância da profissão do advogado, pois ele é o sujeito indispensável à administração da justiça, conforme reza a Constituição Federal em seu art. 133.

Segundo Bulos³ “a advocacia não é apenas uma profissão, mas uma atividade delicadíssima, porque interfere no consciente e inconsciente da criatura humana”, portanto, pontifica o autor que advogar “requer paciência, humildade, profundo conhecimento técnico, cultura humanística, relacionamento sadio, boa vontade, persistência, amor, sentido cristão da vida, discernimento, perdão, renúncia, senso de justiça, criatividade, etc.”.

Como indispensável à administração da justiça, o advogado, no seu ministério privado, presta um serviço público e exerce uma função social, pois o advogado como particular colabora com o Estado em busca da justiça, por isso frise-se sua indispensabilidade. Tanto isso é certo que há a regra do quinto constitucional prevista no art. 94 “caput” e parágrafo único, cujo objetivo é oxigenar o Poder Judiciário, onde advogados públicos e privados, tragam sua experiência e vivência para contrabalançar a visão formada por um tribunal composto somente por juízes de carreira. Em outras palavras, juízes oriundos da advocacia, por sua vivência e experiência, tendem a ter uma outra visão no que tange à prestação jurisdicional justa e efetiva.

No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público. Por outro lado, salienta Biela Jr.⁴, “o advogado realiza a função social, quando concretiza a aplicação do Direito e não apenas da lei, participando ativamente da justiça social” como se depreende do art. 3º do CED.

Tradicionalmente no âmbito social, o advogado é diretamente associado à briga, litígio, conflito, processo, como se sua atuação profissional fosse resumida à atuação no processo judicial, o que é uma inverdade, pois a formação técnica do advogado visa orientar, esclarecer, prevenir e, se for o caso, litigar, mas é sabido que a formação acadêmica também contribui para esta visão, pois o bacharel em direito tem uma formação mais voltada para a litigiosidade e não para o consenso, influenciando na sua vida pessoal e profissional, com reflexos no âmbito social.

Nesse sentido, perfeita é colocação de Bulos⁵ ao referir que “o advogado é a antena supersensível da Justiça, porque seu mister envolve, a um só tempo: 1. Arte – de dizer o óbvio para quem não quer entender a obviedade; 2. Política – disciplina da liberdade dentro da ordem; 3. Ética – exercício de virtudes contra a tentação; e 4. Ação – luta intransigente na defesa e direitos prerrogativas”.

Negociar é preciso. Enfatiza Silva e Figueiredo Mourão⁶ que, enquanto se fizer a mesma coisa, conseguirá sempre o mesmo e, assim, pontifica a distinção da postura do advogado em juízo e na negociação, sendo que, em juízo, o papel do advogado é convencer o julgador do sentido da tese jurídica apresentada; já na negociação, cabe ao advogado convencer a outra parte de que a proposta que tem a oferecer é melhor que a alternativa que resta ao oponente, como, p. ex., em um acidente de trânsito onde todas as provas são favoráveis ao autor e que se esse for ao judiciário sairá vencedor. Contudo, se o causador do dano propuser uma negociação onde o veículo do autor poderá ser consertado antes mesmo da citação na ação indenizatória, não seria uma boa proposta? Negociar não significa deixar de ganhar, mas sim solucionar o conflito buscando mútuo acordo.

3 BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1161.

4 BIELA Jr., Minimanual do novo código de ética e disciplina dos advogados. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 30.

5 Op. cit., p. 1162.

6 MOURÃO, Alessandra Nascimento Silva e Figueiredo. Técnicas de negociação para advogados. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 38.

De fato, o advogado é o primeiro juiz da causa, portanto, indispensável sua atuação, seja judicial ou extrajudicialmente e, tanto isso é certo que assevera Pupo⁷ que, nos dias atuais, a figura desse profissional não pode ficar restrita ao interesse das partes. O advogado deve ter um papel nítido para evitar a litigiosidade e não pode se esquivar do seu dever de promover o acesso à justiça, o que não se confunde com acesso ao judiciário, mas com todos os meios jurídicos à disposição a fim de se buscar uma solução mais célere e justa.

Assim, como primeiro juiz da causa e em cumprimento à sua função social, a atuação do advogado ultrapassa o interesse privado (do cliente) para alcançar o interesse público (da sociedade), a administração da justiça. Por essa razão, são deveres do advogado atuar com a verdade, independência, honestidade, lealdade e boa-fé, devendo desaconselhar lides temerárias, bem como estimular os métodos adequados de solução de conflitos, como a negociação, conciliação, mediação, prevenindo a instauração de conflitos, sendo vedada a diminuição dos honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial⁸.

Por essa razão, o advogado deve mudar o paradigma de adversarial como antes mencionado, comumente ensinado nas faculdades de Direito, para o perfil negociador, conciliador, já que ele é primeiro intérprete da lei e do caso concreto, em condições de avaliar o meio mais adequado para solucionar o conflito, a fim de alcançar uma solução célere (o que o judiciário em muitas vezes não proporciona) e justa, onde não haverá o ganha-perde, mas sim o ganha-ganha. Enfim, não há advogado que não precise negociar, pois a vida do advogado é negociar, desde seu cliente (honorários), com a parte contrária, colegas advogados e por aí vai.

Silva e Figueiredo Mourão⁹ pontifica que o art. 190 do CPC abriu a grande possibilidade de se negociar os procedimentos processuais, porém, critica que ainda se vê muitas cláusulas contratuais que nesse tema se restringem a fazer a eleição de foro. É interessante perceber que o legislador, mesmo com o processo judicial em andamento, lembra o jurisdicionado da existência de outros caminhos para a resolução consensual dos conflitos, o que deverá ser estimulado pelos operadores do direito, inclusive os advogados, como prevê o artigo 3º, § 1º ao 3º do CPC.

Para se cumprir a função social do advogado como forma da sua indispensabilidade à administração da justiça e alcançar a solução justa, do ganha-ganha, a mudança de cultura se impõe, partindo do advogado como negociador por meio de uma linguagem/comunicação não violenta ou agir comunicativo¹⁰ para buscar o entendimento mútuo das partes e, assim, alcançar a sociedade como um todo, consolidando-se a mudança de mentalidade social para se ter o judiciário como um meio subsidiário para a solução dos conflitos e não como regra para tanto.

Nesse sentido, Pupo¹¹ assevera que essa mudança de cultura que se preconiza, decorre de uma “reavaliação do papel do advogado quando ao proceder diante de um conflito, a começar com a análise da relação comunicacional que estabelece com o cliente até a implementação de métodos mais eficientes e eficazes no trato com o litígio”, já que em razão de sua “proximidade com as partes envolvidas no conflito permitem o aprofundamento no fundamento da divergência e lhe capacita para realizar a escolha do método mais adequado para o caso concreto”, cumprindo seu dever previsto no Código de Ética, art. 2º, parágrafo único, inciso VI e VII, no que tange à contenção do descontrole no uso da litigação judicial.

7 PUPO, Sérgio. O papel do advogado na sociedade contemporânea: a gestão do conflito, p. 114.

8 CED, art. 48 § 5º.

9 MOURÃO, Figueiredo; SILVA, Alessandra Nascimento. Técnicas de negociação para advogados. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 23.

10 Na teoria do agir comunicativo de Habermas, o autor sugere uma mudança de paradigma, no sentido de obter o entendimento entre as pessoas por meio da linguagem, isto é, deixar de compreender o mundo a partir de uma visão individualista e seguir para uma análise por meio da comunicação entre os sujeitos. *apud* PUPO, Sergio Tadeu. O papel do advogado na sociedade contemporânea: a gestão do conflito. São Paulo: Perse, 2014. p. 130.

11 Op. cit., p. 125.

Nesse diapasão, o advogado deve primeiro desenvolver uma escuta ativa que, segundo Sergio Pupo¹², “tem triplo objetivo: a) conhecer o cliente; b) se aprofundar nas causas do conflito e c) aferir se o cliente atua estrategicamente ou se há campo para o mútuo acordo”. Após a escuta ativa, o advogado deve compreender a razão, as causas do conflito, colocando-se no lugar do outro, buscando a eliminação dos pontos de conflito, estimulando a utilização dos meios adequados para a solução dos conflitos, como a negociação, para a preservação das relações de continuidade, bem como evitando novos conflitos entre as partes.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS FUNDAMENTOS DE NEGOCIAÇÃO DE HARVARD E A TEORIA DA COMUNICAÇÃO NÃO VIOLENTA

Negociar não é perder, abrir mão dos seus interesses, não implica concessões, pois todas as pessoas têm posições e querem defendê-las; o que importa é atender estas posições com o intuito de atingir o interesse comum, viabilizando a comunicação e, se for o caso, chegando a uma autocomposição, um acordo.

Conforme salientam Fisher, Ury e Patton, na obra *Como Chegar ao Sim*¹³, qualquer método de negociação pode ser julgado imparcialmente por três critérios: 1. Deve produzir um acordo sensato que pode ser definido como aquele que atende aos interesses legítimos de cada uma das partes na medida do possível, resolve imparcialmente os interesses conflitantes, é duradouro e leva em conta os interesses da comunidade, se houver possibilidade de acordo; 2. Deve ser eficiente; e 3. Deve aprimorar, ou, pelo menos, não prejudicar o relacionamento entre as partes.

O negociador não precisa ser afável ou áspero para negociar, segundo o Método de Negociação de Harvard, há quatro pontos fundamentais que devem ser analisados para facilitar o processo de negociação e produzir resultados satisfatórios para todos os envolvidos no processo¹⁴: 1. Separe as Pessoas do Problema. 2. Concentre-se nos *Interesses*, Não nas Posições. 3. Invente *Opções* de Ganhos Mútuos. 4. Insista em *Critérios* Objetivos.

Para que se alcance um processo de negociação efetivo, é necessário que o processo de comunicação entre os envolvidos resguarde os preceitos da comunicação não-violenta, viabilizando o fortalecimento das relações humanas, mesmo em condições adversas, pessoais ou profissionais.

Para Marshall Rosenberg, na obra *Comunicação Não-Violenta*¹⁵, estes preceitos de comunicação são utilizados em todas as relações humanas, nos relacionamentos íntimos, nas famílias, nas escolas, nas organizações e instituições, em terapia e aconselhamento, nas negociações diplomáticas e comerciais, nas disputas e conflitos de toda natureza.

O processo da comunicação não-violenta tem quatro elementos basilares: observação, sentimentos, necessidades e pedidos¹⁶: 1. As ações concretas que estamos *observando* e que afetam nosso bem-estar; 2. Como nos *sentimos* em relação ao que estamos observando; 3. As *necessidades*, valores, desejos, que estão gerando nossos sentimentos; 4. As ações concretas que *pedimos* para enriquecer nossa vida.

12 Op. cit., p. 141.

13 FISHER, Roger, URY, William e PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Imago, 2005. p. 22.

14 Op. cit., p. 30

15 ROSENBERG, Marshall B., *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. São Paulo: Ágora, 2006. p. 27.

16 *Ibid.*, p. 26.

Os preceitos da comunicação não-violenta, juntamente com os elementos do método de Harvard, ajudam e facilitam a comunicação durante o processo de negociação e se complementam, desde a análise inicial pelo advogado negociador, diagnosticando a situação, preparando, bem como durante a execução, criando, negociando para se atingir o mútuo acordo, finalizando o procedimento, mantendo os vínculos entre os envolvidos.

4 CARACTERÍSTICAS E TÉCNICAS DA NEGOCIAÇÃO PARA ADVOGADOS

Segundo Alessandra Mourão, vários elementos auxiliam os negociadores a terem êxito: planejamento, propostas, legitimidade, comunicação, relacionamento, alternativas e compromisso.¹⁷

4.1 PLANEJAMENTO

O advogado deverá analisar os interesses; perceber o cliente, entender seus objetivos, descobrir os interesses em jogo; é preciso treino; é interessante, após ouvir o cliente, inverter os papéis fazendo com que o cliente coloque-se no lugar da outra parte, de forma empática, a fim de perceber que nem sempre o outro lado está errado, entendendo o que está acontecendo e buscando opções!

Isto não implica concordar com o outro, mas sim entendê-lo, trata-se de aprender a lógica do adversário; importante fazer propostas levando em conta o interesse da outra parte, além de escutar quais são as opções que o outro tem se o acordo não for formalizado.

O advogado negociador não discute teses jurídicas, o que é uma perda tempo, impedindo o diálogo, restringindo as opções, não pode ser leviano, desonesto, insensível, intolerante, tampouco seu cliente, é necessário a reciprocidade para que todos possam conversar. O foco deve ser o problema a ser resolvido e não as pessoas.

O advogado deve conhecer seu cliente, os interesses que o movem, deve contar tudo o que aconteceu, é importante o poder de investigação do advogado, fazendo perguntas, indo além daquilo que o cliente expõe, ressaltando que a relação entre cliente e advogado é de confiança, pautada na verdade, assim como a relação entre cliente e paciente, ou seja, expor a verdade é fundamental nas relações humanas, incluindo as relações profissionais em que atuam profissionais liberais, facilitando e promovendo o diálogo.

O advogado deve ajudar o cliente a entender o seu conflito, a se auto perceber, entender o que realmente quer, ter clareza quanto aos aspectos emocionais, psicológicos, sociais, financeiros, anseios, temores, vaidades, sensações, angústias, alegrias, tristezas, enfim, tudo o que está relacionado com a realidade do cliente e da parte contrária.

Neste sentido, o advogado negociador deverá separar as pessoas dos problemas, observando sem avaliar e concentrar nos interesses, não nas posições, demonstrando os sentimentos.

4.2 PROPOSTAS COM GANHOS RECÍPROCOS

É importante respeitar a inteligência e astúcia da outra parte, todos devem ganhar na negociação. O advogado deve ser flexível e criativo com base nos interesses do seu cliente, de acordo com a exposição verdadeira dos fatos, bem como com os interesses da parte contrária, colocando-se no lugar desta, para que possam ser criadas as opções, viabilizando o interesse comum. A fixação num único posicionamento, ignorando os demais interesses, pode comprometer o processo de negociação.

¹⁷ MOURÃO, Figueiredo; SILVA, Alessandra Nascimento. Técnicas de negociação para advogados. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *passim*.

Durante o processo de negociação os envolvidos não podem ser precipitados, é preciso ter paciência, ouvir todas as propostas, as partes devem ser esclarecidas, as dúvidas devem ser sanadas, pode-se pedir sugestões para o cliente, para outro colega de profissão ou para a outra parte; é viável conhecer melhor as propostas, deve ser exercida a escuta ativa, observando com atenção, escutando e não simplesmente ouvindo, olhando e não simplesmente vendo; é preciso ter tempo e disponibilidade.

Infelizmente, muitas tentativas de negociação, no âmbito judicial, sejam frustradas, ainda que com a possibilidade de serem marcadas outras sessões, pois, como muitos advogados não são negociadores, não preparam as partes, os envolvidos não estão dispostos a se comunicarem eficazmente e os conciliadores e mediadores não estão devidamente preparados e capacitados, há o comprometimento do procedimento, tudo isto atrelado à falta de tempo, paciência, conhecimento e educação.

Muitas vezes, numa sessão de negociação, mesmo com a utilização das técnicas e dos elementos da comunicação não violenta, dependendo das partes e dos advogados, o tempo necessário do procedimento pode ser curto ou longo para se alcançar o acordo mútuo, sendo que, algumas vezes, pode ser que não ocorra a autocomposição, o que não quer dizer que todos perderam tempo, pois se comunicaram de maneira eficaz.

Sabendo claramente o que cada parte quer, é possível chegar a um interesse comum; não é viável negar ou concordar de pronto, é preciso levar em conta todas as possibilidades; ter empatia não significa concordar com tudo o que o outro diz, mas sim respeitar suas colocações e, juntos, criar outras alternativas. Há várias respostas para um único problema!

A meta da negociação não deve ser o confronto, mas sim o ganho recíproco, e o advogado deve deixar isto claro para o seu cliente, que o contato e a conversa com o advogado da parte contrária, além de ser uma conduta educada, o que se aprende desde o berço, não significa deixar de representar os seus interesses tecnicamente, muito pelo contrário, isto favorece a busca pelo interesse comum. Uma postura técnico negociadora, sempre atendendo o interesse do cliente, é estar lado a lado com a outra parte, por isto a mesa de negociação deve ser redonda, sem pontas, trazendo a ideia de igualdade de oportunidades.

É importante que o advogado tenha clareza do seu papel na negociação, valorize sua profissão, sua experiência pessoal, seu conhecimento técnico, tenha autoconfiança, estimule o procedimento, que não veja a tecnologia como impedimento para a negociação, mas sim uma ferramenta favorável ao fim almejado, que valorize seu trabalho.

4.3 LEGITIMIDADE

As opções escolhidas pelas partes devem adequadas para todos os envolvidos na negociação, devendo ser legítimas e justas, trazendo uma sensação agradável para todos, sem que um ou outro sintam-se enganado, lesado, desmotivado, a fim de viabilizar o cumprimento do acordado.

Quando o processo de negociação é feito de forma adequada, fazendo com que as partes resgatem suas responsabilidades sobre o conflito, a possibilidade de descumprimento do que foi acordado é quase nula, posto que há engajamento de todos, o que não ocorre se as partes estiverem com sentimentos negativos com relação ao andamento do procedimento; portanto, não pode haver pressa, nem pressão física ou psicológica, tudo deve ocorrer no seu tempo.

É importante ter critérios objetivos para negociar, evitando apenas basear-se na subjetivamente, que pode prejudicar a negociação, tendo parâmetros de valores (de mercado, referência, venal), estatísticas, decisões jurisprudenciais, entendimentos doutrinários, mapeamentos, escalas, tabelas, perícia, vitórias, exames, avaliações, laudos, pareceres, enfim, tudo o que pode servir de base para uma boa conversa, criando uma área de acordo possível que permita uma discussão direcionada.

O aspecto subjetivo também é importante, mas deve ser levado em conta com critérios e, se a parte não está muito criativa ou não teve condições de apresentar critérios objetivos, poderá ser auxiliada pela sugestão apresentada pelo outro e, por isto, deve saber ouvir, reiterando que pode haver mais de uma resposta para o mesmo problema.

4.4 COMUNICAÇÃO

Durante o procedimento da negociação, é importante estar atento a todos os tipos de manifestações das partes envolvidas, inclusive, o silêncio, pois o corpo fala de diferentes formas.

Prestar atenção em si e no outro é essencial para o andamento dos trabalhos, repetir o que o outro disse demonstra respeito, ajuda a estabelecer os pontos principais, possibilita a empatia, assim como fazer anotações e apontamentos. O uso dos sentidos deve ser equilibrado entre as partes, saber falar, ouvir e olhar no momento correto é fundamental.

As pessoas que ficam muito tempo em silêncio durante a negociação devem ser tratadas com cautela, são observadoras, e pode ser que as expressões não coincidam com os sentimentos, passando uma má impressão, por isto é conveniente perguntar se a pessoa está entendendo, pedir sua participação, motivar sua manifestação. É preciso conhecer para não desconfiar, ter clareza, objetividade, espontaneidade.

4.5 RELACIONAMENTO

Estar presente de forma respeitosa e atenta durante a negociação possibilita um clima agradável entre todos, deve-se ter cuidado com o impacto que uma ação ou omissão causa no outro. A empatia implica colocar-se no lugar do outro, mesmo discordando.

O poder de convencer o outro também é relevante na negociação, mas é importante entender que cada parte tem o seu momento para falar, um deve respeitar o outro, não podem ser admitidas interrupções, os trabalhos devem ser conduzidos de maneira adequada, com reciprocidade; o respeito ajuda a aumentar a reputação do negociador e o advogado deve ter isto em mente.

Para iniciar os trabalhos, às vezes, é interessante começar a conversa com as partes separadamente, evitando um confronto direto, para depois uni-las e, havendo algum problema, todos devem saber o momento de suspender os trabalhos para depois retomar a negociação ou encerrá-la por um tempo, podendo sempre ser retomada. Enfim, o advogado negociador deve criar opções de ganhos mútuos, atendendo as necessidades dos envolvidos no procedimento.

4.6 ALTERNATIVAS

Alternativas são as escolhas após serem analisadas as opções, quando ainda não se alcançou a composição; é preciso conhecer todas as opções para serem feitas as escolhas, por isto é imprescindível saber ouvir a outra parte e entendê-la.

Mostrar que se tem alternativas, é viável, faz com que o outro entenda o seu ponto de vista, sem surpresas desagradáveis; explicar que alguns meios podem ser desgastantes financeira e emocionalmente, além de levarem muito tempo e não se ter certeza do resultado, como ocorre com o processo judicial, é uma forma de mostrar os riscos existentes e, se as partes não querem correr o risco, fica mais fácil transacionar, pois se tem uma delimitação e predisposição para tanto.

4.7 COMPROMISSO

Caso as partes cheguem numa autocomposição, num acordo, o que poderá ocorrer integralmente ou parcialmente, deverão redigi-lo de forma que seja exequível, exigível, prático e duradouro. Entretanto, é oportuno salientar que a precipitação não combina com uma comunicação eficaz, tampouco com a satisfação de todos os envolvidos.

Havendo um acordo que atenda os interesses das partes, é preciso pensar nas suas consequências, incluindo um possível descumprimento, mas, como já foi dito, se existir seriedade, responsabilidade e engajamento, é difícil que isto aconteça, daí porque toda a negociação precisa ser bem feita, o acordo deve ser bem redigido, exigindo, para tanto, que todo o planejamento da negociação e sua execução sejam adequados, implicando em lealdade, boa-fé e probidade.

Deve-se pensar nos aspectos objetivos e subjetivos, no tempo, na forma e no lugar que será cumprido o acordo, bem como nas consequências para as partes, como elas vão se sentir e viabilizar sua efetivação. Deve, portanto, o negociador insistir em critérios objetivos e saber formular os pedidos, pensando em todos detalhes que, deverão ser escritos pelo advogado e, ao final, formalizado o mútuo acordo assinado pelas partes e pelos advogados.

5 CONCLUSÃO

O tempo é o senhor de todas as coisas, portanto, é preciso permitir que tudo aconteça naturalmente, a fim de evitar situações indelicadas, de arrependimento ou de outros sentimentos negativos, respeitando a dignidade das pessoas envolvidas no procedimento da negociação.

A negociação é um caminho que viabiliza a comunicação entre as partes, existindo ou não o conflito, podendo ser utilizada em todas as relações sociais.

Neste processo, para obter um resultado eficaz, é preciso que todos estejam aptos a se envolver, conhecendo suas fragilidades, preparando-se adequadamente e, principalmente, possibilitando que o outro lado também mostre seus interesses, colocando-se no lugar do outro, permitindo a busca por um caminho que atenda ao interesse de todos.

Tal processo não implica em concessões, perdas, submissão, mas sim em agregar, comprometer-se, buscando ver aqueles com quem se está negociando, não como inimigos, ainda que sejam adversários, mas sim como pessoas que também possuem interesses, necessidades e buscam algo que precisam resolver.

A negociação pode ocorrer nos âmbitos extrajudicial, judicial ou arbitral e, muitas vezes, pode anteceder-los, podendo ser retomada, a qualquer tempo, durante e após alguma decisão, sendo sempre pertinente.

O advogado tem papel fundamental para o bom desempenho do procedimento de negociação, incentivando seu cliente, mostrando os benefícios que o procedimento trará, tendo acesso à parte contrária, ao seu patrono, promovendo uma comunicação eficaz, promissora, empática, com reciprocidade e respeito.

Sendo assim, é relevante que exista uma visão multidisciplinar sobre a realidade dos conflitos, uma visão diferenciada dos litigantes, com profissionais adequadamente preparados para orientá-los e conscientes do melhor meio para alcançar o bem comum, sem imposições, arbitrariedades e abusos, buscando a conscientização em prol do interesse comum, para que todos busquem uma solução, presupondo o resgate de suas responsabilidades.

Diante disto, o uso dos fundamentos da negociação do Método de Harvard e os elementos da Teoria da Comunicação Não-Violenta são mecanismos que auxiliarão nestas relações humanas, restabelecendo a comunicação entre as partes, sendo menos traumática para os litigantes, viabilizando o trabalho daqueles que se dispõem a ajudá-los, estando todos focados nesta busca, o que, sem dúvida, além de beneficiar os envolvidos no conflito, beneficiará toda a sociedade, resguardando o princípio da dignidade humana, o acesso à justiça e o exercício de cidadania, restabelecendo vínculos, promovendo paz e harmonia com resultados eficazes e satisfação pessoal e profissional.

REFERÊNCIAS

- BIELA Jr., **Minimanual do novo código de ética e disciplina dos advogados**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CURIA, Luiz Roberto, CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da. **Novo código de processo civil / obra coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- FISHER, Roger, URY, William e PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Imago, 2005.
- MOURÃO, Figueiredo; SILVA, Alessandra Nascimento. **Técnicas de negociação para advogados**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- PUPO, Sergio Tadeu. **O papel do advogado na sociedade contemporânea: a gestão do conflito**. São Paulo: Perse, 2014.
- ROSENBERG, Marshall B., **Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. São Paulo: Ágora, 2006.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. I, II, III.

COMO ACERCAR EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO LABORAL A LOS FUNDAMENTOS DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO¹

Omar Toledo Toribio²

1 INTRODUCCIÓN

La Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante NLPT) en su artículo en el artículo 2.4 establece que los Jueces Especializados de Trabajo son competentes para conocer en proceso contencioso administrativo conforme a la ley de la materia, las pretensiones originadas en las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, administrativa o de seguridad social, de derecho público; así como las impugnaciones contra actuaciones de la autoridad administrativa de trabajo.

La mención a que el proceso contencioso administrativo laboral (En adelante PCAL) se tramitará **conforme a la ley de la materia** nos indica ciertamente que la tramitación de dichos procesos deberán seguirse bajo la pauta del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo aprobado por decreto Supremo 013-2008-JUS, (en adelante LPCA) que, como sabemos, establece un procedimiento predominantemente escrito con algunos rasgos orales como es el caso de los informes orales que pudieran solicitarse antes de que la causa se encuentre expedida para dictar sentencia (Artículo 29 e) y f).

Sin embargo, de cara a las bondades y evidentes beneficios que significa la instrumentación de un proceso oral, esto es, un proceso célere, transparente y en el que se destaca los principios de inmediación y concentración, existen planteamientos no solamente en sede nacional sino en el derecho comparado³ que destacan la necesidad de implementar la oralidad en el PCAL para lo cual se discute si es necesaria una modificación legislativa o si, en una especie de *buenas prácticas judiciales*, se puede perfectamente introducir y aplicar los fundamentos y principios que inspiran la NLPT y especialmente la oralidad que se resume en la norma contenida en el artículo 12.1 de la NLPT que prevé que en los procesos laborales por audiencias las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas sobre la base de las cuales el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia sentencia.

Precisamente la intención de la presente ponencia es plantear un conjunto de ideas que van en la dirección de establecer la aplicación de los principios y fundamentos que sustentan la NLPT en el desarrollo del PCAL lo cual va a tono con las nuevas tendencias procesales que en nuestro país se inició en el ámbito penal y luego en el área laboral y, a tenor de las propuestas hechas públicas recientemente, ahora se plantea en la justicia civil.

1 Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo, realizado en Cajamarca-Perú del 25 al 27 de abril 2018 y organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

2 Doctor en Derecho y Ciencia Política (UNMSM), Magister en Derecho (UNMSM), Juez (p) de la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, con estudios en Litigación Oral Laboral en el California Western School Of Law, en la Universidad de Medellín y en la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" de Colombia. Catedrático de Maestría y Doctorado de la Facultad de Derecho - Unidad de Post Grado, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Sección de pre y post grado) de la Universidad de San Martín de Porres. Profesor Principal de la Academia de la Magistratura. Asociado Ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y Delegado en Perú de la Asociación Latinoamericana de Jueces de Trabajo. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la seguridad Social. Ostenta la Condecoración con la Orden de Trabajo en Grado de Oficial otorgada el año 2010 y la MEDALLA CÍVICA DEL DERECHO otorgada por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, en diciembre del año 2017.

3 A decir del Profesor costarricense Ernesto Jinesta L., "una de las soluciones para acelerar, abreviar o acortar el proceso administrativo lo constituye la introducción de un proceso por audiencias, en la oralidad constituyen, indudablemente, remedios efectivos y acertados contra la lentitud patológica del proceso administrativo". En JINESTA, Ernesto (1999). La oralidad en el Proceso Contencioso Administrativo. *Ivstuitua* (Año 13, n. 155-156).

2 LOS PRINCIPIOS Y FUNDAMENTOS EN LA NUEVA LEY PROCESAL DE TRABAJO

Los principios del derecho procesal laboral constituyen la base dogmática del mismo que lo tipifican como una disciplina autónoma. Son pautas o reglas de orientación que intervienen en las diversas fases de la actividad jurídica, esto es, en la creación o gestación de normas, en la interpretación y en la aplicación de las mismas por parte de los tribunales.

Tal como señala PLÁ RODRIGUEZ, Américo “[...] los principios y fundamentos del proceso laboral asumen características que es necesario resaltar. Una primera característica consiste en señalar que son enunciado básicos, que pretenden abarcar una serie indefinida de situaciones y no una en particular, de tal manera que puedan ser utilizados en una diversidad de situaciones, lugares, tiempos, etc.”⁴.

Los principios por su propia naturaleza pertenecen al ámbito del “debe ser” y no necesariamente del “ser”, es decir algunos de estos postulados no siempre se dan en la realidad aunque algunos de ellos ya han sido recogidos en la legislación positiva.

Gamarra Vílchez, señala que “los principios del Derecho Procesal del Trabajo poseen sus propias características y funciones dentro del Derecho Laboral: sustantividad propia en razón del Derecho Laboral: sustantividad propia en razón de su generalidad y obedecen a la inspiración de justicia social, que es la razón de ser desde su nacimiento; de ahí que busquen favorecer al trabajador. Y se vinculan con cada institución procesal en una determinada realidad social, en donde actúan o deben de actuar, ampliando o restringiendo el criterio de su aplicación. Por ello es importante la necesidad de una autonomía normativa, que permitan construir un sistema de derecho procesal del trabajo. En tanto que un sistema, denota relación de coherencia entre los principios y las normas que la componen⁵. A continuación analizaremos los principios del derecho procesal del trabajo que precisamente lo distinguen como una disciplina especial orientada a superar el desequilibrio innato de las partes de la relación laboral.

3 PRINCIPIO INQUISITIVO (dispositivo atenuado)

El Sistema Dispositivo y el Sistema Inquisitivo son los grandes sistemas procesales. “El principio dispositivo es aquel en el que se asigna a las partes, y no al Juez, la iniciativa del proceso, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso. En el inquisitivo, en cambio, es el órgano jurisdiccional el que tiene esos poderes; él es quien debe actuar por sí e investigar (*inquirire*). Un proceso está dominado por el principio dispositivo, entonces, cuando las partes pueden iniciarlo libremente y tienen la disponibilidad de este y de sus diversos actos. En el inquisitivo es el tribunal es el que lo inicia, averigua y decide con libertad, sin estar encerrado en los límites fijados por las partes”⁶.

Sin embargo, como sostiene el profesor Monroy Gálvez “la historia del derecho procesal no conoce un solo caso de vigencia real y efectiva de un ordenamiento procesal en el que alguno de los dos sistemas procesales esté presente sin ser afectado por el otro... “los sistemas citados no se presentan químicamente puros, lo que suele haber son tendencias más o menos definidas que permiten advertir la primacía de uno sobre otro”⁷.

4 PLÁ RODRIGUEZ, Américo. “Los Principios del Derecho del Trabajo”. 3. Ed. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998.

5 GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo. Los Principios del Derecho Procesal del Trabajo, en: Aportes para la reforma del Proceso Laboral Peruano, SPDTSS, Lima, 2005, p. 26.

6 Vescovi, Enrique. Teoría General del Proceso, Temis, Bogotá, 1984, p.51-52.

7 Monroy Galvez, Juan. Introducción al Proceso Civil, Temis, Bogotá, 1996, p. 87.

Si se trata de ubicar al Proceso Laboral en uno de los grandes sistemas procesales, podemos concluir, sin lugar a dudas, que dicho proceso se ubica en el Sistema Inquisitivo. En efecto en el proceso laboral el Juez se encuentra dotado de una serie de facultades, atribuciones y prerrogativas que lo convierten en un principal impulsor del proceso y confieren por tanto un tinte marcadamente inquisitivo a dicho proceso.

El artículo III del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal de Trabajo (en adelante NLPT) establece que *los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso*, lo cual patentiza la presencia del carácter inquisitivo del proceso laboral. Además de ello, a lo largo de la nueva norma procesal encontramos un conjunto de rasgos y signos que nos demuestran dicho carácter y los cuales vamos a ver a continuación.

3.1 FACULTAD DE FALLO *ULTRA PETITA*

Una de las manifestaciones de carácter inquisitivo del proceso laboral consiste en que el Juez Laboral se encuentra facultado para expedir sentencias que vayan más allá del petitorio contenido en la demanda, posibilidad que se encuentra proscrita en el proceso común o proceso civil en virtud de que en el mismo impera el principio de congruencia contemplado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil⁸. De esta manera la facultad de fallo *ultra petita* constituye una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia que se justifica por la naturaleza especial de la controversia laboral y por la necesidad de garantizar el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva en un estado democrático y social de derecho.

Refiriéndose a esta facultad del juzgador laboral, el extinto profesor de la Universidad Católica Mario Pasco Cosmópolis sostiene que “por economía procesal, por suplencia indirecta de la demanda, por protección de los derechos irrenunciables del trabajador, por prevalencia del fondo y de la verdad real sobre la verdad formal o aparente, el derecho procesal del Trabajo admite pues, la posibilidad de un fallo que, despojándose de ataduras formales excesivas, desborde lo demandado. Cuando tal exceso es cuantitativo se denomina *ultra petita*, más allá de lo pedido; cuando es cualitativo se denomina *extra petita*, distinto de lo demandado”⁹

Nos encontramos frente a un fallo *ultra petita*, cuando el Juez ordena el pago de un monto mayor a lo demandado si advierte errores aritméticos o de cálculo o errores en la fundamentación jurídica de la demanda o cuando percibe que se ha aplicado indebidamente una norma legal que tiene implicancia en el monto del fallo. Es decir, estamos ante un fallo *ultra petita* cuando la sentencia sobrepaja o excede a la demanda en términos cuantitativos. Nuestro sistema procesal laboral confiere al Juzgador la facultad *ultra petita*, esto es, la posibilidad de expedir sentencias que en términos cuantitativos excedan a la demanda.

Según Ernesto Krotoschin: “La jurisprudencia, por lo general, ha comprendido en el sentido que acaba de exponerse, la facultad de sentenciar *ultra petita*. Aplicando este, criterio, se ha decidido que la antigüedad a los efectos de calcular la indemnización por despido debe computarse de conformidad con lo dispuesto por la ley vigente, aun cuando el demandante la haya calculado en forma menos favorable para él, o que corresponde disponer el pago de intereses sobre dicha indemnización en cambio, si sólo se reclama por indemnización, no entra en las facultades del juez condenar también al pago de salarios atrasados o de la retribución por vacaciones y del sueldo anual complementario, de horas extraordinarias de trabajo, ni de los días faltante para completar el mes de despido y otorgamiento de un certificado de trabajo.” (sic)¹⁰

8 El principio de congruencia tiene las siguientes manifestaciones: El objeto del proceso (*Thema decidendum*) lo fijan las partes y es dentro de esos límites como el Juez debe decidir; el Juez deberá fallar de conformidad con lo alegado y probado por las partes (*secundum allegata e probata*); y la sentencia debe fijarse dentro de los límites de las pretensiones deducidas por el actor y aquello que reconoce o controvierte el demandado. En otras palabras el Juez debe resolver todo lo que las partes piden, pero no más, esto es, conforme (congruente) con lo solicita por la parte. *En eat iudex ultra petita partium*.

9 Pasco Cosmópolis, Mario.-“Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo”, Lima aee, 1997.p.55.

10 Ernesto Krotoschin, “Tratado práctico de derecho del trabajo”.4ta. ed. Buenos Aires, Ed. Desalma, 1981, pp. 639-693 (cuarta parte). Citado por el Centro Interamericano de Administración del Trabajo (CIAT/OIT) en el libro “Fichas para la Investigación”. 1era. edición, diciembre de 1986.

Por su parte para el doctor Mario Pasco Cosmópolis “Los requisitos para la incorporación en la sentencia de cantidades superiores o materias distintas son taxativos e inexcusables, a saber: a. Que, aunque no aparezcan o aparezcan de modo distinto en la demanda, hayan surgido a debate en el curso del proceso. b. Que, hayan quedado acreditadas, probadas de modo tan incuestionable que hayan podido producir convicción absoluta en el juez sobre la precedencia del derecho. c. Que el derecho se amparado, esto es, que la facultad se ejerza pro operario. d. Que versen sobre derechos irrenunciables.”(sic)¹¹

El artículo 48, inciso 3 de la Ley 26636 establecía que el juez puede ordenar el pago de sumas mayores a las reclamadas, si de lo actuado apareciere error en los cálculos de las liquidaciones demandadas.

La norma legal citada tiene su antecedente en el inciso c) del artículo 50 del Decreto Supremo No. 03-80-TR, norma legal con rango de ley que reguló el Proceso Laboral Judicial hasta la entrada en vigencia de la Ley Procesal de Trabajo 26636.¹²

Por su parte, la NLPT en el artículo 31 establece que la sentencia se pronuncia sobre todas las articulaciones o medios de defensa propuestos por las partes y sobre la demanda, en caso de que la declare fundada total o parcialmente, indicando los derechos reconocidos, así como las prestaciones que debe cumplir el demandado. Si la prestación ordenada es de dar una suma de dinero, la misma debe estar indicada en monto líquido. El juez puede disponer el pago de sumas mayores a las demandadas si apareciere error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables.

De esta manera en virtud de la facultad *ultra petita* el juez laboral podría otorgar un mayor monto por Compensación por Tiempo de Servicios en caso de que el actor incurra en un error al no considerar determinados rubros que legalmente forman parte de la Remuneración Computable (remuneración que se toma como base de cálculo para establecer la Compensación por Tiempo de Servicios, conforme a lo regulado por los artículos 9 a 20 del Decreto Supremo No. 01-97-TR -Texto Único Ordenado de la Ley de CTS). De otro lado, en términos generales dicha facultad resulta igualmente aplicable en el caso de que exista algún error aritmético en la determinación de los beneficios sociales o en la sumatoria del total adeudado. Finalmente, consideramos que la citada atribución podría ser ejercitada si el actor reclama el pago de las gratificaciones de los meses de julio y diciembre considerando erróneamente que el monto de cada gratificación asciende al 50% de la Remuneración del actor cuando de conformidad con la Ley 27735 la gratificación equivale a un sueldo íntegro por cada oportunidad.

3.2 LA FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO LABORAL

Si bien en la LPCA no existe una disposición similar a la prevista en el artículo 31 de la NLPT si resulta posible que la sentencia en el proceso contencioso administrativo pueda sobrepasar o exceder los términos de la demanda que incluso puede ser considerada como una facultad de fallo *extra petita*. En efecto, el TUO de la LPCA en su artículo 41 establece que “La sentencia que declare fundada la demanda podrá decidir en función de la pretensión planteada lo siguiente: 2. El restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, aun cuando no hayan sido pretendidas en la demanda.[...]”.(lo resaltado es nuestro).

¹¹ Pasco Cosmópolis, Mario. “Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo”, Lima aee, 1997, p.57.

¹² Artículo 50. La sentencia declarará fundada la demanda: c) Respecto de los hechos constatados por el Juez Privativo de Trabajo y Comunidades Laborales que constituyan violación de las normas legales o convencionales, objeto de la demanda, pudiendo ordenar también el pago de sumas mayores a las reclamadas, si de lo actuado apareciere error en los cálculos de las liquidaciones demandadas”.

Para Giovanni Priori “esta es una consecuencia del contencioso-administrativo de plena jurisdicción y con la finalidad de brindar una efectiva tutela a la situación jurídica objeto del proceso, el Juez podrá ordenar las medidas necesarias para su efectiva tutela, aun cuando no hayan sido demandadas, convirtiéndose esta decisión en una excepción al principio de congruencia, algo que es plausible de la Ley, pues al menos en esta sede sí reconoce una excepción al principio de congruencia”¹³

En este orden de ideas, constatamos que si es posible la instrumentación del principio inquisitivo del proceso laboral en un proceso contencioso administrativo desde el momento que la sentencia puede exceder los planteamientos de la demanda.

4 PRINCIPIO DE SUPLENCIA INDIRECTA DE LA DEMANDA

Por otro lado, uno de los pocos rasgos de carácter dispositivo del proceso laboral¹⁴ es que los términos de la demanda son fijados por el actor lo cual delimita los extremos de la controversia. Sin embargo, por la naturaleza de los derechos en controversia en el proceso laboral, pues se tratan de derechos contenidos en normas de orden público y se encuentran vinculados al ejercicio de derechos fundamentales, al Juez laboral se le ha dotado de la facultad de suplencia indirecta de la demanda. En virtud de esta facultad, siendo que los derechos laborales son de orden público el Juez puede adecuar la calificación efectuada en la demanda si de los hechos que forman parte de la *causa petendi* expuesta por el actor se puede concluir de manera categórica cual es realmente la calificación jurídica que corresponde a lo pretendido por el demandante lo cual no es sino, en principio, la aplicación del principio de *iura novit curia*.

Por otro lado, la suplencia indirecta de la demanda laboral constituye una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia en un estado democrático y social de derecho que encuentra sustento, no solamente en la necesidad de garantizar el derecho al acceso a la justicia componente fundamental del derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, garantizado en el artículo 139 inciso 3 de la Carta Política, sino en los principios que inspiran al nuevo proceso laboral regulado por la Ley N° 29497 cuyo artículo III del Título Preliminar proclama que en todo proceso laboral los jueces privilegian el fondo sobre la forma e interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso.

En ese sentido y en armonía con los principios descritos resulta vital que la prosecución del nuevo proceso laboral debe estar orientado a que el Juez, despojándose de las formalidades ingrese al análisis de lo sustancial o medular siempre que se garantice los derechos de ambas partes, esencialmente, el derecho de defensa, sustento básico del debido proceso.

En los seguidos por Jherlin Wilmer Suarez Milian contra Hilandería Andina S.A.C; sobre reposición y otros, Exp. N° 30711-2012-0-1801-JR-LA-03 (A) la Cuarta Sala Laboral de Lima, bajo la ponencia nuestra, mediante mandato de fecha 27 de diciembre de 2013, ha resuelto REVOCAR la resolución número dos, de fecha 18 de enero de 2013, obrante de fojas 61 a 63, que declara improcedente la demanda; y REFORMÁNDOLA se dispuso la adecuación de la demanda y que el juez de la causa admita a trámite la demanda de reposición por despido fraudulento y prosiga la causa conforme a su estado, bajo los siguientes fundamentos:

13 Priori Posada, Giovanni. “Comentarios a la Ley del proceso Contencioso Administrativo”, ARA Editores, 4ta. Edic., Lima 2009, p.272.

14 Si bien el proceso laboral tiene un tinte marcadamente inquisitivo no hay que olvidar que posee algunos rasgos dispositivos como el señalado. Estos conceptos han sido analizados por el Vocal Ponente en el artículo “El Principio de Congruencia en el Proceso Laboral”, en el Artículo publicado en Revista Actualidad Jurídica N° 193, diciembre de 2009, p. 263-266.

17. Se advierte de lo escrito de demanda que el actor presentó ante el 03° Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima, como petitório (petitum) "[...] se ordene a la demandada se deje sin efecto el DESPIDO INCAUSADO que sufriera el 08 de noviembre de 2012, y consiguientemente se ordene mi reposición en el mismo puesto y en el cargo de Hilandero que venía ostentando hasta antes de ser despedido, por considerar que estamos ante un típico despido incausado, ya que la demandada so- pretexto de comisión de falta grave me ha despedido del trabajo, sin que mi persona haya cometido falta alguna", (sic).

18. Asimismo, en el escrito de subsanación de demanda que obra de fojas 58 a 60, el accionante precisa que en su caso se ha producido un despido arbitrario ya que considera que en el presente proceso la demandada no podrá demostrar la supuesta falta contenida por su persona, hecho que de acuerdo a lo establecido en el artículo 34 del Decreto Supremo N° 003-97-Tr, hay arbitrariedad cuando en un proceso no se puede probar la falta atribuida.

19. Por otro lado, como causa petendi señala que su persona en ningún momento ha cometido falta grave que amerite su despido y que es falso que su persona haya agredido al señor Yan Taijin Nagkai, y que solo se trata de actos de represalia por su condición de trabajador sindicalista.

20. De lo antes expuesto, se colige que los hechos expuestos por el demandante como causa petendi encuadrarían dentro de la figura del despido fraudulento, esto es, cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad. Definición del despido fraudulento aportada por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 976-2001-AA/TC, Caso Eusebio Llanos Huasco.

21. En ese sentido, si bien el accionante solicita como petitório señalando que en su caso se ha producido un despido arbitrario y como consecuencia de ello solicita la reposición a su centro de labores, conforme lo ha expresado en su escrito de subsanación de demanda, obrante de fojas 58 a 60, de los hechos expuestos como causa de pedir puede colegirse meridianamente que el petitum de reposición está respaldado por hechos que configurarían un despido fraudulento que, como hemos sostenido en este colegiado en pronunciamientos anteriores, no constituye sino una modalidad de despido arbitrario.

22. Por lo tanto, por aplicación del principio del iura novit curia y por suplencia indirecta de la demanda y en la labor de optimizar la protección de los derechos fundamentales este Colegiado considera que la tutela pretendida en este proceso es de naturaleza restitutoria (reposición) por despido fraudulento siendo que corresponderá al pronunciamiento en la sentencia luego de cumplirse con las reglas del contradictorio y el debate probatorio, establecer si efectivamente los hechos expuestos por el demandante tienen asidero.

En esta orientación con mucha satisfacción hemos constatado que el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del año 2014, celebrado el 24 y 25 de octubre en la ciudad de Tacna ha acordado por mayoría en el tema 2, referido a la calificación jurídica de los hechos expuestos en la demanda que "Si puede el juez calificar los hechos expuestos en la demanda sobre reposición eligiendo entre los diferentes supuestos de despido inconstitucionales (incausado, fraudulento y nulo) en virtud de la aplicación de principios como son: Suplencia de queja deficiente, iura Novit Curia y Prevalencia de fondo sobre la forma, siempre y cuando haya sido sometido a contradictorio".¹⁵

4.1 EL PRINCIPIO DE SUPLENCIA DE OFICIO EN LA LPCA

A diferencia del principio de suplencia indirecta de la demanda, que podemos extraer mediante una labor interpretativa de los principios que gobiernan el nuevo proceso laboral, la LPCA si contiene expresamente el *principio de la suplencia de oficio* al señalar en el artículo 2.4. que el juez deberá suplir las deficiencias formales en las que incurran las partes, sin perjuicio de disponer la subsanación de las mismas en un plazo razonable en los casos en que no sea posible la suplencia de oficio.

15 En: Materiales proporcionados en el Taller De Intercambio de Experiencias Sobre La Nueva Ley Procesal Del Trabajo, realizado el 01 de diciembre 2014, en la provincia constitucional del Callao y organizado por PPR 099-Celeridad en los Procesos Judiciales Laborales.

A decir de Víctor Anacleto, por este principio se busca que el juez dinámico, activo, coadyuve al control de la Administración Pública y por ello es que ante cualquier desconocimiento del ciudadano tiene que suplir, tiene que apoyar para suplir las deficiencias formales del administrado, al juez le compete favorecer para que se acceda al control de la Administración Pública.¹⁶

De esta forma constatamos que existe un acercamiento de los principios que impulsan el nuevo proceso laboral con aquellos principios que sustentan el Proceso Contencioso Administrativo.

5 EL PRINCIPIO DE VERACIDAD

El artículo I del Título Preliminar de NLPT ha consagrado explícitamente este principio según el cual el proceso laboral no se conforma con la verdad aparente, formal, la que fluye únicamente de los documentos, sino que busca la verdad absoluta, la realidad de los hechos.

El principio de veracidad no es sino el correlato del principio de la **primacía de la realidad**.

Al respecto, Américo Pla Rodríguez señala que “el principio de la primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos y acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”¹⁷

El principio de la primacía de la realidad es una de las herramientas más relevantes del Derecho del Trabajo que en el caso peruano no solamente tiene un arraigo en la jurisprudencia sino que incluso ya se encuentra positivizado en nuestro ordenamiento laboral¹⁸.

Se trata de evitar que en el ámbito de las relaciones laborales, con el objeto de burlar los derechos laborales, se disfraze una relación laboral y se haga aparecer como si se tratara de una relación de carácter civil o comercial, o para burlar a los acreedores o lograr algunas prestaciones de la Seguridad Social se trate de aparentar la existencia de una relación laboral.

El principio de la **Primacía de la Realidad**, se ha plasmado en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales no sólo de la judicatura laboral sino incluso del Tribunal Fiscal y del INDECOPI, siendo que incluso el Pleno Jurisdiccional Laboral realizado en la ciudad de Tarapoto en el año 2000 ha acordado que “si el Juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicios civil o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de la primacía de la realidad y de irrenunciabilidad sobre el buena fé contractual que preconiza el Código Civil, para reconocer los derechos laborales que correspondan”.

Que, este reconocimiento a nivel doctrinal y jurisprudencial ya había sido recogido en el artículo I del Título Preliminar de la Ley Procesal de Trabajo 2636 bajo la denominación del **principio de veracidad** que, como hemos indicado líneas arriba, no es sino el correlato del mismo, aunque como tal, esto es, como principio de primacía de la realidad ha sido positivizado, por vez primera, en nuestra legislación laboral, mediante el Decreto Legislativo 910, cuyo artículo 5 inciso f) establece que la inspección de trabajo se ejecuta a través de las acciones, entre otras, “Aplicar el principio de primacía de la realidad que rige el derecho laboral, el cual determina que se deba privilegiar los hechos vinculados sustantivamente con el trabajo sobre los actos formales que difieran de la naturaleza de tales situaciones”. El artículo 2.2. de la actual Ley General de Inspección del Trabajo, N° 28806, lo reconoce en similares términos¹⁹.

16 ANACLETO GUERRERO, Víctor. Proceso Contencioso Administrativo, Lex & Iuris Grupo Editorial, 2016, p.105.

17 Los Principios del Derecho del Trabajo, Depalma, Bs. As. 1998, p. 313.

18 TOLEDO TORIBIO, Omar “El Principio de la Primacía de la Realidad” En Revista Diálogo con la Jurisprudencia, Año 10, N°75, Diciembre 2004, pp. 87 a 89,

19 TOLEDO TORIBIO, Omar. “Principios Ordenadores que rigen el Sistema de Inspección de Trabajo”. En Comentarios a la Ley General de Inspección de Trabajo. Gaceta Jurídica S.A., Lima 2008, p.33-42.

A este inicial reconocimiento legal del principio de la primacía de la realidad se agrega que en el Artículo 54 del Anteproyecto de la Ley de Reforma de la Constitución se señala que el Estado está obligado a garantizar la prevención, eliminación y remedio de cualquier práctica que implique abuso en el campo laboral, siendo que para ello se señala que en toda relación de trabajo se garantizaran principios mínimos, entre ellos el principio de la primacía de la realidad (inciso 4). Asimismo, el Art. XIV.6 del Anteproyecto de Ley General de Trabajo consagra como principios del ordenamiento laboral, entre otros, a la *Primacía de la realidad para preferir los hechos sobre las formas y las apariencias*.

A ello, debemos agregar que la Ley General del Sistema Concursal (Ley 27809 -E.P. 8.8.02) ha incorporado la referencia a este importante principio del Derecho Laboral en lo relativo a la calificación de créditos laborales. En efecto, según esta ley para el reconocimiento de créditos de origen laboral y siempre que el acreedor lo haya invocado, la Comisión podrá aplicar el principio de la primacía de la realidad privilegiando los hechos verificados sobre las formas o apariencias contractuales que sustenten el crédito (Artículo 40).

De manera pues que la aplicación del principio de la primacía de la realidad viene a constituir un importante instrumento a efectos de calificar debidamente los créditos laborales y evitar de esta manera la simulación de la existencia de contratos de otra naturaleza para encubrir verdaderos contratos laborales o la simulación de la existencia de créditos laborales con el objeto de beneficiarse, en este último caso, del carácter preferencial de los créditos laborales garantizado en el artículo 24 de la Constitución Política y el artículo 42.1 de la Ley del Sistema Concursal.

Creemos que la consagración legislativa del principio implica que no solamente resulta de aplicación en los ámbitos indicados sino con mayor razón, será de aplicación por parte de la judicatura al decidir sobre conflictos jurídicos de naturaleza laboral.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido muy recurrente en cuanto a la aplicación de este principio, tal es el caso de la sentencia expedida en el Expediente N° 00457-2006 AA/TC Ucayali ha señalado que:

5. De la evaluación conjunta del acta de inspección y de los abundantes medios probatorios reseñados, que obran en el expediente, se comprueba que, si bien durante el tiempo que los recurrentes trabajaron en la empresa demandada celebraron contratos de locación de servicios, en realidad llevaban a cabo sus labores bajo un horario establecido y estaban sujetos a una relación de subordinación y dependencia. Consecuentemente, conforme al **principio de primacía de la realidad**, los contratos de locación de servicios de los recurrentes se desnaturalizaron, convirtiéndose en contratos de trabajo de duración indeterminada; estando a ello, este Tribunal considera que los recurrentes tenían un vínculo laboral vigente al momento en que supuestamente vencieron sus contratos de locación de servicios. Por tanto, no podían ser despedidos sino por el procedimiento previamente establecido en la ley, de modo que han sido objeto de despido arbitrario. (el subrayado es nuestro).

Precisamente con el objeto de alcanzar la verdad real la NLPT igualmente ha contemplado la posibilidad del Juez laboral pueda ordenar la actuación de pruebas de oficio. Sin embargo, debemos señalar que se encuentra estableciendo límites y condiciones para que el Juzgador haga efectiva dicha facultad. En ese sentido el artículo 22 de la NLPT prevé que: Excepcionalmente el juez puede ordenar la práctica de alguna prueba adicional, en cuyo caso dispondrá lo conveniente para su realización, procediendo a suspender la audiencia en la que se actúan las pruebas por un lapso adecuado no mayor a treinta (30) días hábiles, y a citar, en el mismo acto, fecha y hora para su continuación. Esta decisión es inimpugnable. Esta facultad no puede ser invocada encontrándose el proceso en casación. La omisión de esta facultad no acarrea la nulidad de la sentencia.

5.1 EL PRINCIPIO DE VERACIDAD EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO LABORAL

El Tribunal Constitucional se ha referido al principio de primacía de la realidad, y por ende al principio de veracidad, en los siguientes términos:

En cuanto al principio de primacía de la realidad, que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, el Tribunal Constitucional ha precisado, en la STC N.º 1944-2002-AA/TC, que "[...] en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos". (STC. N.º 01388-2011-PA/TC, FUNDAMENTO 4).

Siendo que el Tribunal Constitucional considera al principio de primacía de la realidad, y por lo tanto al principio de veracidad, como un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, resulta incuestionable su aplicación al PCAL tanto más si en el análisis de las actuaciones administrativas deberá aplicarse el **principio de verdad material**, principio contenido en la Ley del Procedimiento Administrativo General, en los siguientes términos:

En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público. (art. IV 1.11 TUO aprobado por D.S. 006-2017-JUS)

Por otro lado, el TUO de la LPCA confiere igualmente al Juez la facultad de actuar pruebas de oficio pues el artículo 32 señala que cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de medios probatorios adicionales que considere convenientes.

6 LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL

En el proceso civil las partes deben probar los hechos que aleguen, excepto aquellos que se presumen conforme a ley. Es decir la "carga de la prueba" o el **onus probandi** recae en quien afirma un hecho o una circunstancia. (Artículo 196º del Código Procesal Civil).

Tradicionalmente se ha considerado que en el proceso Laboral se da el fenómeno de la **inversión de la carga de la prueba**, principio según el cual la mayor responsabilidad probatoria o casi toda la carga de la prueba lo soportaba el empleador, siendo que el trabajador en la generalidad de los casos solo está obligado a probar la relación laboral. Sin embargo, a raíz de las modificaciones legislativas producidas desde la década pasada en este movimiento flexibilizador o desregulador de las relaciones laborales, el principio de inversión de la carga de la prueba se había atenuado o relativizado de tal manera que en algunos tipos de procesos laborales, como en los procesos de nulidad de despido o las acciones derivadas de los actos de hostilidad, la carga de la prueba recaía exclusivamente en el trabajador.²⁰ En ese sen-

20 Artículo 27 Ley 26636. CARGA DE LA PRUEBA. Corresponde a las partes probar sus afirmaciones y esencialmente: 3. al empleador la causa del despido; al trabajador probar la existencia del despido, su nulidad cuando la invoque y la hostilidad de la que fuera objeto. (subrayado nuestro).

tido, conforme a la Ley 26636, podemos decir que prácticamente es en los procesos de cobro de beneficios sociales y otros derechos remunerativos en los únicos que se cumple estrictamente este principio pues corresponde al trabajador esencialmente probar la existencia del vínculo laboral, en cambio al empleador le corresponde probar casi todo lo demás, es decir, el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las normas legales, los convenios colectivos, la costumbre, el reglamento interno y el contrato individual de trabajo.(art. 27 incs.1 y 2 de la Ley 26636). Por ello, en lugar de inversión de la carga de la prueba algunos prefieren hablar de distribución o asignación de la carga de la prueba.

La NLPT se ocupa de la carga de la prueba en el artículo 23, regulación que a nuestro criterio reivindica el *principio de inversión de la carga de la prueba* de tal forma que el citado principio se convierte en una medida tendiente a equilibrar a las partes que intervienen en el proceso pues, como sabemos una de las manifestaciones del desequilibrio innato entre las partes de la relación laboral es la *desigualdad probatoria*. En efecto, desde el momento en que la relación laboral se lleva a cabo en el lugar indicado por el empleador éste tiene mayores y mejores posibilidades de premunirse de medios probatorios que le van a servir en un eventual conflicto jurídico. En ese sentido, resulta necesario que la norma procesal laboral contenga disposiciones que tiendan a superar este desequilibrio.

El citado artículo 23 establece lo siguiente:

"Artículo 23.- Carga de la prueba.

23.1 La carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, sujetos a las siguientes reglas especiales de distribución de la carga probatoria, sin perjuicio de que por ley se dispongan otras adicionales.

23.2 Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario.

23.3 Cuando corresponda, si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de:

- a) La existencia de la fuente normativa de los derechos alegados de origen distinto al constitucional o legal.
- b) El motivo de nulidad invocado y el acto de hostilidad padecido.
- c) La existencia del daño alegado.

23.4 De modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de:

- a) El pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexistencia.
- b) La existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado.
- c) El estado del vínculo laboral y la causa del despido.

23.5 En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad."

6.1 LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD

De la norma citada debemos destacar la *presunción de laboralidad* contenida en el artículo 23.2 de la NLPT que a nuestro criterio revoluciona el tratamiento de la carga de la prueba. En efecto, superándose la presunción contenida en el artículo 4 del TUO del Decreto legislativo 728 que exige la configuración de los tres elementos esenciales del contrato de trabajo (prestación personal, subordinación y remuneración) a efectos de que presuma la existencia de la relación laboral, la novísima norma sólo exige la acreditación de la prestación personal de servicios a efectos de que se presuma la existencia de un contrato de trabajo a tiempo indeterminado, siendo que corresponderá al empleador destruir la

presunción acreditando lo contrario, lo cual no significa que el empleador tendrá que demostrar la no subordinación (*prueba diabólica o negativa*) sino que, teniendo en cuenta que las pruebas van orientadas a demostrar hechos positivos, estará obligado a demostrar el carácter autónomo o independiente de la prestación laboral o que el trabajador tenía la posibilidad de ser ayudado por otras personas o reemplazado en su labor por personas de su elección, no vinculadas al empleador, o que la obligada a prestar los servicios era una persona jurídica y no una persona natural.

6.2 CARGA DE PRUEBA EN LOS PROCESOS DE NULIDAD DE DESPIDO

El otro tema contemplado por la NLPT que consideramos relevante es el tratamiento de la **carga de prueba en los procesos de nulidad de despido**. En efecto, si bien el artículo 23.3. de la novísima Ley prevé que corresponde al trabajador demandante probar *b) El motivo de nulidad invocado y el acto de hostilidad padecido*, el artículo 23.4 determina quede modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de *b) La existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado*.

Somos de la opinión que lo anterior significa la extensión para todas las causales de despido nulo y para todas las acciones derivadas de los actos de hostilidad (acciones de cese de hostilidad e indemnización por despido indirecto) del diseño de carga de la prueba implantado por la Ley 27185, artículo 1, para el despido de la mujer embarazada quien, como se sabe, está protegida por el llamado *fuero de maternidad*.

La Ley 27185, publicada el 19-10-99, establece que “[...] Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.”

De esta forma en el caso de la mujer embarazada, ésta debe acreditar únicamente dos hechos básicos, esto es, su condición y que el empleador tenía conocimiento de este hecho. A partir de dicho momento se invierte la carga de la prueba de tal forma que será el empleador el que demuestre la existencia de otro motivo distinto que justifique el despido del trabajador.

Refuerza la conclusión lo regulado en el artículo 23.5 de la NLPT cuando señala que en aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. (lo resaltado es nuestro).

6.3 LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Respecto a la carga de la prueba la LPCA establece en su artículo 33 que salvo disposición legal diferente, la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos que sustentan su pretensión. Sin embargo, si la actuación administrativa impugnada establece una sanción o medidas correctivas, o cuando por razón de su función o especialidad la entidad administrativa está en mejores condiciones de acreditar los hechos, la carga de probar corresponde a ésta.

Lo anterior no significa sino la consagración en nuestro sistema procesal de la teoría de las **cargas probatorias dinámicas**, instituto que igualmente está recogido en la Nueva Ley Procesal del Trabajo pues si analizamos las diversas reglas de la carga de prueba establecidas en la NLPT no significan sino la plasmación de esta doctrina por lo que en esta temática resulta evidente que ambos procesos confluyen.

7 PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS

El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales tiene reconocimiento constitucional en la norma contenida en el inciso 2 del artículo 26 de la Constitución Política del Estado, que prescribe lo siguiente: "En toda relación laboral se respeta el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley".

El artículo 26°, inciso 1° de la Constitución, establece que en la relación laboral se respeta el carácter irrenunciable de los derechos contenidos en la Constitución y la Ley.

El sistema jurídico no reconoce al trabajador la facultad de dejar de lado o abandonar sus derechos laborales. La justificación de esto la encontramos en el hecho real de que el trabajador por su posición de inferioridad frente al empleador por presión, falsas promesas o simple temor reverencial pueda disponer de los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce.

Sin embargo es preciso aclarar que conforme a la redacción del texto constitucional no todos los derechos laborales son irrenunciables. Los derechos que no tengan como fuente la Constitución o la Ley son perfectamente disponibles. V.gr. el trabajador puede renunciar a la tolerancia que otorga el empleador para el ingreso al centro laboral o puede renunciar al otorgamiento de la "Canasta Navideña" o a una suma concedida a título de liberalidad por el empleador.

Respecto a la ineficacia de los actos de renuncia de derechos la Constitución Política de 1979 tenía un pronunciamiento categórico. En efecto el artículo 57 establecía que "Los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. **Todo pacto en contrario es nulo**". (la negrilla es nuestra). Por lo tanto resulta evidente que la anterior carta política además de otorgar el carácter de irrenunciable a todos los derechos reconocidos a los trabajadores, y no solamente a los que tengan origen constitucional o legal, sanciona con nulidad todo acuerdo de renuncia de derechos.

Sin embargo, en términos actuales, también se puede concluir que los actos de disposición de derechos laborales son ineficaces en virtud a la aplicación de la nulidad virtual prevista en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil según la cual es nulo el acto jurídico contrario a las normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres. En efecto, siendo que la norma contenida en el artículo 26 inciso 2 de la Constitución Política es de orden público los actos que la contravengan resultan ineficaces.

El Tribunal Constitucional en la STC N° 008-2005-PI/TC hace referencia a este principio en los siguientes términos:

24. Hacer referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley. Al respecto, es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos [Remotti Carbonell, José Carlos: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estructura, funcionamiento y jurisprudencia, Barcelona, Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 18].

En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno.

Así, conforme se desprende de lo previsto en el inciso 2) del artículo 26° de la Constitución, la irrenunciabilidad sólo alcanza a aquellos "(...) derechos reconocidos por la Constitución y la ley".

No cubre, pues, a aquellos provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre.

Por otro lado, debe precisarse que un derecho de naturaleza laboral puede provenir de una norma dispositiva o taxativa. En ese contexto, la irrenunciabilidad es sólo operativa en el caso de la segunda.

La norma dispositiva es aquella que opera sólo cuando no existe manifestación de voluntad o cuando ésta se expresa con ausencia de claridad. El Estado las hace valer únicamente por defecto u omisión en la expresión de voluntad de los sujetos de la relación laboral.

Las normas dispositivas se caracterizan por suplir o interpretar una voluntad no declarada o precizar y aclararla por defecto de manifestación; y por otorgar a los sujetos de una relación laboral la atribución de regulación con pleno albedrío dentro del marco de la Constitución y la ley.

Ante este tipo de modalidad normativa, el trabajador puede libremente decidir sobre la conveniencia, o no, de ejercitar total o parcialmente un derecho de naturaleza individual.

Al respecto, puede citarse el caso del derecho a vacaciones contemplado en el Decreto Legislativo N° 713, en donde se establece que el trabajador tiene derecho a treinta días naturales de descanso remunerado al año y, dentro de ese contexto, por la prerrogativa de la voluntad establecida en dicha norma, este puede disponer hasta de quince días para continuar prestando servicios a su empleador, a cambio de una compensación extraordinaria. Por ende, tiene la capacidad autodeterminativa de decidir un "canje" sobre aquello.

En cambio, la norma taxativa es aquella que ordena y dispone sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral. En ese ámbito, el trabajador no puede "despojarse", permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma.

Javier Neves Mujica [Introducción al derecho laboral. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2003, p. 103] manifiesta que el principio de irrenunciabilidad de derechos es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, recaigan sobre normas taxativas, y sanciona con la invalidez la transgresión de esta pauta basilar.

La irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta al ámbito de las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral. Es conveniente consignar que una norma jurídica puede contener dentro de su texto, partes taxativas y dispositivas.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia en el caso Sindicato de Trabajadores de Toquepala vs. Southern Perú Copper Corporation (Expediente N° 1396-2001-AA/TC), en donde estableció que si "[...] las partes acordaron no solo la duración de la jornada ordinaria de trabajo, será también las jornadas atípicas, situación que, de por sí, no violenta derecho fundamental de los afiliados al Sindicato, sino sólo cuando dicha estipulación sea indebidamente aplicada; de otro lado, lo expuesto no sólo no contradice el principio contenido en el inciso 2) del artículo 26.º de la Constitución, relativo al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, por encontrarse previsto en la misma, como se ha observado, sino también, porque el derecho protegido en la Carta Magna es el relativo a una jornada de trabajo que no excede de las cuarenta y ocho horas semanales [...]."

La Ley 26636 en el Artículo III del Título Preliminar la contemplado de manera explícita este principio, en los siguientes términos, *El Juez debe velar por el respeto del carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley.*

Si bien la NLPT no ha considerado en su título preliminar de manera expresa al citado principio ello no significa que no constituya obligación del juzgador su acatamiento pues, como se ha precisado, se trata de un mandato constitucional. Es mas, la virtud de la novísima Ley ha sido el de haber regulado por primera vez algunos criterios que se deben considerar al momento de efectuar un *juicio de irrenunciabilidad* En efecto si bien hasta ahora existen en la Ley 26636 disposiciones que obligan al Juzgador a efectuar una análisis de irrenunciabilidad al momento de adoptar ciertas decisiones, como son las vinculadas a la aprobación de las actas de conciliación judicial, homologación de conciliaciones privadas, aprobación de un desistimiento o resolver una excepción de transacción, no se había diseñado parámetros de análisis y aspectos a tener en cuenta para una óptima decisión resguardando el principio materia de análisis.

El Artículo 30 de la NLPT prevé que para que un acuerdo conciliatorio o transaccional ponga fin al proceso debe superar el **test de disponibilidad de derechos**, para lo cual se toman los siguientes criterios:

- a) El acuerdo debe versar sobre derechos nacidos de una norma dispositiva, debiendo el juez verificar que no afecte derechos indisponibles
- b) debe ser adoptado por el titular del derecho; y
- c) debe haber participado el abogado del prestador de servicios demandante. (Lo resaltado es nuestro).

Lo anterior significa que por primera vez en nuestro medio se regula este *test de disponibilidad de derechos* que, como hemos señalado, constituirá un referente para el órgano jurisdiccional al momento de analizar la vigencia del principio de irrenunciabilidad de derechos.

7.1 EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Teniendo en cuenta que el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales tiene un reconocimiento constitucional resulta evidente su aplicación al Proceso Contencioso Administrativo Laboral, siendo que en la eventualidad de que se produzca un acto de transacción o conciliación a que se refiere el artículo 43 de la LPCA el Juez deberá aplicar un juicio de disponibilidad con el objeto de garantizar que se respete la norma imperativa contenida en el artículo 26.2 de la Constitución Política del Estado.

8 PRINCIPIO DEL *IN DUBIO PRO OPERARIO*

Este principio es materia de alegación frecuente a las intervenciones escritas y orales de los miembros del foro. Sin embargo es preciso señalar que la aplicación de este principio no es ilimitada.

En efecto el texto constitucional (artículo 26, inciso 3) ha previsto este instituto en su acepción restringida, esto es, como regla hermenéutica o criterio de interpretación de la práctica aplicativa del ordenamiento laboral. En ese sentido podemos concluir que en nuestro sistema legal la aplicación de este principio procede únicamente cuando existe duda insalvable sobre los diversos sentidos de una norma.

Si tenemos en cuenta que las normas jurídicas son multívocas, esto es, que admiten diversas interpretaciones, si el Juez Laboral se encuentra ante una norma que puede ser interpretada de diversa manera, según el texto constitucional debería agotar todos los recursos interpretativos aplicando los métodos y técnicas hermenéuticas y sólo en la eventualidad de que la duda no pueda despejarse *optar por la interpretación que favorezca al trabajador*.

Por lo tanto, no resulta de aplicación el citado principio cuando se trata de resolver dudas referidas a los hechos que sustentan las pretensiones de las partes y deben ser materia de prueba en el proceso. Asimismo, no resulta de aplicación este principio cuando se trata de la valoración de los medios probatorios.

El Tribunal Constitucional respecto a este principio, en el fundamento 21 de la STC 008-2005-PI/TC, expresa lo siguiente:

"c.3.1. Indubio pro operario

21. Hace referencia a la traslación de la vieja regla del derecho romano *indubio pro reo*. Nuestra Constitución exige la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, vale decir que se acredite que a pesar de los aportes de las fuentes de interpretación, la norma deviene indubitadamente en un contenido incierto e indeterminado.

La noción de duda insalvable debe ser entendida como aquella que no puede ser resuelta por medio de la técnica hermenéutica.

El principio *indubio pro operario* será aplicable cuando exista un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma. Ergo, nace de un conflicto de interpretación, mas no de integración normativa. La noción de "norma" abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etc.

Pasco Cosmopolis precisa que la aplicación de este principio debe ajustarse a los siguientes dos requisitos:

- Existencia de una duda insalvable o inexpugnable.
- Respeto a la *ratio juris* de la norma objeto de interpretación (para tal efecto, el aplicador del derecho deberá asignarle un sentido concordante y compatible con la razón de ésta).

El Tribunal Constitucional considera que la aplicación del referido principio está sujeta a las cuatro consideraciones siguientes:

- Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos.
- Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional.
- Obligación de adoptar como sentido normativo a aquél que ofrece mayores beneficios al trabajador.
- Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de éste, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador." (sic.)

Si bien la NLPT no ha considerado expresamente este principio no cabe duda que constituyendo un mandato constitucional resulta de aplicación en el nuevo proceso Laboral e igualmente en el Proceso Contencioso Administrativo Laboral pues en realidad se trata de que en ambos procesos se ventilan derechos de carácter laboral.

9 PRINCIPIO DE INMEDIATEZ.

El fundamento doctrinario del principio de inmediatez radica en el hecho de que sobre la relación laboral no puede pender permanentemente la posibilidad de su disolución por hechos ocurridos a lo largo de su desarrollo pues no puede concebirse que el contrato de trabajo mantenga en reserva indeterminada las infracciones pasadas como si fueran actualmente relevantes. Asimismo, este principio implica que debe existir una relación de cercanía en términos temporales entre la acción y la reacción. De esta forma no habrá inmediatez si el empleador deja pasar un tiempo considerable antes de actuar frente a una infracción laboral ya que el transcurso del tiempo implica el olvido de la falta. (artículo 31 del D.S. 03-97-TR).

De igual forma hay ausencia de inmediatez si el trabajador alega como la motivación del despido nulo que invoca un hecho distante en el tiempo o cuando el trabajador señala ser objeto de un acto de hostilidad basándose en un hecho ocurrido hace tiempo.

De manera pues que la inmediatez es un principio aplicable tanto al empleador como al trabajador, en la cautela de sus respectivos derechos y su inobservancia supone el olvido de los hechos ocurridos, los mismos que no pueden ser invocados posteriormente.

La Ley 26636 ni la NLPT han previsto expresamente la aplicación del principio de inmediatez. Sin embargo, resulta evidente su aplicación en los procesos laborales como lo revelan los pronunciamientos de la justicia ordinaria y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

Efectivamente, al respecto en la STC N°00543-2007-PA/TC el Tribunal Constitucional ha señalado:

5. El principio de inmediatez en el procedimiento de despido ha sido regulado en el artículo 31° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo 003-97-TR (TUOLPCLDS003-97-TR), que expresamente establece:

El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

Mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración debe constar por escrito.

Tanto en el caso contemplado en el presente artículo, como en el Artículo 32, debe observarse el principio de inmediatez.

6. Así, el legislador ha regulado al principio de inmediatez como un requisito esencial que condiciona formalmente el despido, (Ibidem. Comentario a la Casación N.º 1917-2003-Lima (El Peruano, 31 de mayo de 2007), pág. 234.) el cual limita la facultad sancionadora del empleador y que, en el presente caso, va a determinar si su vulneración conduce a un despido incausado o, viceversa, si su observancia va a conducir al despido fundado en causa justa. Por otro lado, si bien es cierto que el legislador no le ha establecido un plazo determinado es porque obviamente su función tiene mucha relación con el principio de razonabilidad y proporcionalidad, y deja al juzgador, al momento de examinar el caso concreto, su verificación u observancia.

7. El principio de inmediatez tiene dos etapas definidas:

(i) El proceso de cognición, que estaría conformado por todos los hechos que ocurren después de la comisión de la falta por el trabajador, lo que significa, primero, tomar conocimiento (de la falta) a raíz de una acción propia, a través de los órganos que dispone la empresa o a raíz de una intervención de terceros como los clientes, los proveedores, las autoridades, etc. En segundo lugar, debe calificarse, esto es, encuadrar o definir la conducta descubierta como una infracción tipificada por la ley, susceptible de ser sancionada. Y en tercer lugar, debe comunicarse a los órganos de control y de dirección de la empleadora, que representan la instancia facultada para tomar decisiones, ya que mientras el conocimiento de la falta permanezca en los niveles subalternos, no produce ningún efecto para el cómputo de cualquier término que recaiga bajo la responsabilidad de la empresa (Ibidem. Comentario a la Casación N.º 1917-2003-Lima (El Peruano, 31 de mayo de 2007). Citando el comentario de Jaime Beltrán Quiroga, p. 231); es decir, que se tome conocimiento pleno de los hechos sucedidos para posteriormente tomar decisiones en el marco de las facultades sancionadoras del empleador.

(ii) El proceso volitivo se refiere a la activación de los mecanismos decisorios del empleador para configurar la voluntad del despido, ya que éste por esencia representa un acto unilateral de voluntad manifiesta o presunta del patrono. El inicio de este proceso está dado por la evolución de la gravedad de la falta, por las repercusiones que causan al nivel de productividad y a las relaciones laborales existentes en la empresa, y por el examen de los antecedentes del trabajador infractor y la conducta desarrollada en el centro de trabajo, para establecer si excedía los márgenes de confianza depositados en él. Con este cuadro de perspectivas la segunda etapa está dada por la toma de decisión que depende de la complejidad que tenga la organización empresarial, ya que mientras mayor sea ésta, las instancias que intervengan en la solución deberán ser más numerosas y, por el contrario, mientras más simple sea, como el caso de un empresario individual que dirija su propia pequeña empresa, bastará con su sola decisión, la que podrá ser adoptada en el más breve plazo (Ibidem).

8. En consecuencia, los términos o plazos existentes entre ambas etapas es variado y se dan de acuerdo a la complejidad de la falta cometida, así como de la organización empresarial. Entonces el principio de inmediatez resulta sumamente elástico, (Ibidem) teniendo en cuenta que incluso al interior de estas etapas se desarrolla un procedimiento, tal como ha sido señalado supra.

9. En el mismo sentido, en el ámbito internacional también se ha determinado la importancia del principio de inmediatez y su relación con el plazo razonable. Así, la Recomendación N.º 166 de la OIT sobre "la terminación de la relación laboral", en su numeral 10 señala que "se debería considerar que el empleador ha renunciado a su derecho de dar por terminada la relación de trabajo de un trabajador a causa de una falta de éste si no hubiera adoptado esta medida dentro de un periodo razonable desde que tuvo conocimiento de la falta".

10. De lo dicho hasta acá, se deduce claramente que el plazo razonable para ejercer la facultad sancionadora del empleador no está determinado por un determinado periodo de tiempo fijo, sino por las situaciones especiales que pudieran presentarse y por las acciones realizadas por el empleador a fin de establecer certeramente la falta cometida en las etapas descritas en los fundamentos precedentes.

Si bien la *principio de inmediatez* se encuentra contemplado de manera expresa en el artículo 31 del TUO del Decreto Legislativo 728 no cabe duda que resulta de aplicación general en el ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado. En ese sentido en la instrumentación de un PCAL en el que se cuestione una sanción disciplinaria de un trabajador del Estado que no se encuentre bajo el régimen de la actividad privada, esto es, que se encuentre bajo el Régimen del D.L. 276 o el Régimen del Decreto Legislativo 1057, resulta perfectamente aplicable el *principio de inmediatez*, siendo que incluso en ese sentido se ha pronunciado el Tribunal del Servicio Civil en la Resolución de Sala Plena N.º 003-2010-SERVIR/TSC, su fecha 10 de agosto de 2010.

10 PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL

El artículo III del Título Preliminar de la NLPT establece que en todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes. En particular, acentúan estos deberes frente a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad

Este principio resulta de aplicación igualmente en el PCAL pues el artículo 2.2. de la LPCA establece que las partes en el proceso contencioso administrativo deberán ser tratadas con igualdad, independientemente de su condición de entidad pública o administrado.

Este principio es compartido por ambos sistemas procesales se sustenta precisamente en la norma constitucional prevista en el artículo 2.2. del Texto Constitucional según el cual toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley siendo que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

11 PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

El artículo III del Título Preliminar de la NLPT ha contemplado expresamente el *principio de razonabilidad* como un principio que debe ser observado por los jueces.

El principio de razonabilidad consiste en la afirmación esencial de que el ser humano en sus relaciones laborales procede y debe proceder conforme a la razón, esto es, que se trata de una especie de *límite o freno moral y elástico al mismo tiempo*, aplicable a aquellas áreas del comportamiento donde la norma no puede prescribir límites muy rígidos ni en un sentido ni en otro y, sobre todo, donde la norma no puede prever la infinidad de circunstancias posibles y, siendo ello así, este principio se deberá aplicar teniendo en cuenta la necesidad de analizar, en concreto, cada caso en que se aplica este criterio, el enfoque flexible y elástico con que debe manejarse, y *la necesidad de una cierta proporcionalidad entre la acción y la reacción ocasionada*.²¹

El Tribunal Constitucional respecto de este principio se ha pronunciado en el siguiente sentido:

El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200º, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación." (Fundamento 15, Sentencia del Exp N° 2192-2004-AA/TC)

[...] Por lo precedentemente expuesto, este Colegiado considera que en el presente caso también se ha violado el principio de proporcionalidad como atributo del Estado Social y Democrático de Derecho, reconocido explícitamente por el artículo 200º de la Constitución." (Fundamento 22, Sentencia del Exp N° 2192-2004-AA/TC).

Por otro lado, en STC N.º 0090-2004-AA/TC, fundamento 35, respecto al principio de razonabilidad propiamente ha expuesto lo siguiente:

²¹ Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, Res. De fecha 12.02.99 Exp. Casación 0785-96.

La razonabilidad implica que el acto estatal debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran. Así, la doctrina exige que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente “creador” o “motivador” del acto estatal y el hecho consecuente derivado de aquél.

En consecuencia, la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado.

Por otro lado, la razonabilidad puede ser analizada desde una doble perspectiva: cuantitativa y cualitativa.

La razonabilidad cuantitativa pondera el contenido del proceso discursivo o inferente que concluye con una proposición lógica y axiológicamente válida. Su fundamentación apuesta a la adecuación entre el hecho desencadenante del acto estatal y el resultado de éste en cuanto a su magnitud numérica, dineraria, aritmética, etc.

La razonabilidad cualitativa pondera el proceso discursivo o inferente que concluye con una regla simétrica o asimétrica de asignación de facultades, derechos, deberes, deberes o servicios, según sean iguales o diferentes los hechos generados por las personas. Así, su objeto será la determinación de consecuencias jurídicas homólogas para aquellos que se encuentren en idénticas circunstancias, y distintas para los que se hallen en disímiles circunstancias.

El acto estatal debe acreditar la necesaria disposición o correspondencia entre la causa que lo origina y el efecto buscado. Existe, entonces, la necesidad de acreditar coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto estatal y la consecuencia derivada de aquél.

La doctrina plantea la verificación lógico-axiológica de una proposición jurídica bicondicional; esto es, que se justifique la asignación de derechos, facultades, deberes o sanciones, si y sólo si guardan armonía y *sindéresis* con los hechos, sucesos o circunstancias predeterminantes.

La proporcionalidad exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal. En consecuencia, la proporcionalidad lo será cuando la razón del efecto sea deducible de la causa, o previsible a partir de ella.

Ahora bien, más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en pureza, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad (razonabilidad instrumental).⁷

En la legislación laboral encontramos algunas disposiciones que hacen referencia a este principio:

Artículo 25. DS 03-97-TR- Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación.

Artículo 9 DS 03-97-TR.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de **criterios de razonabilidad** y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

Artículo 30, párrafo final DS03-97-TR: El trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo **razonable** no menor de seis días naturales para que, efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso.

Artículo 31 DS 03-97-TR.- El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo **razonable** no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

11.1 EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Resulta evidente que el principio de razonabilidad resulta de aplicación en el PCA desde que constituye una previsión constitucional contemplado en el artículo 200 de la Carta Política y la aplicación y utilización de este principio debe ser además verificada por el juzgador contencioso administrativo, a propósito del control judicial de las decisiones administrativas, las mismas que deben observar igualmente este principio a tenor de lo previsto en el artículo IV 1.4 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General que establece que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Por otro lado, en virtud del principio de integración previsto en el artículo 2.1 del TUO de la LPCA los jueces no deben dejar de resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre con relevancia jurídico por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos deberán aplicar los principios del derecho administrativo.

12 EL DEBIDO PROCESO Y LA TUTELA JURISDICCIONAL

La NLPT en el Título Preliminar, artículo III, se refiere a estos principios en los siguientes términos: En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, **observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional** y el principio de razonabilidad. En particular, acentúan estos deberes frente a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad. (Lo resaltado es nuestro).

El debido proceso y la tutela jurisdicción constituyen principios aplicables a todo proceso y como tal están contemplados en el artículo 139 de la Constitución Política del Estado y por lo tanto resulta indudable su aplicación al proceso laboral y al proceso contencioso administrativo.

13 PRINCIPIOS OPERACIONALES

Finalmente, los artículos I y III del Título Preliminar de la NLPT han previsto los denominados principios operacionales o principios del procedimiento y que son los siguientes.

13.1 ORALIDAD

Respecto de este principio la NLPT en el artículo 12 establece la prevalencia de la oralidad en los procesos por audiencias. En efecto, esta norma prevé que en los procesos laborales por audiencias las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas sobre la base de las cuales el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia sentencia. Las audiencias son sustancialmente un debate oral de posiciones presididas por el juez, quien puede interrogar a las partes, sus abogados y terceros participantes en cualquier momento. Las actuaciones realizadas en audiencia, salvo la etapa de conciliación, son registradas en audio y vídeo utilizando cualquier medio apto que permita garantizar fidelidad, conservación y reproducción de su contenido. Las partes tienen derecho a la obtención de las respectivas copias en soporte electrónico, a su costo. Si no se dispusiese de medios de grabación electrónicos, el registro de las exposiciones orales se efectúa haciendo constar, en acta, las ideas centrales expuestas.

La oralidad contribuye a la democratización de la justicia y del derecho, puesto que, se requiere un juez que además de un rol activo – director e impulsor del proceso, esto es que dirija, ordene y agilice el proceso, asuma un papel asistencial interactuando con las partes para determinar y delimitar el objeto del proceso, los hechos controvertidos y la prueba admisible y pertinente, esto es, colaborando en la búsqueda de la verdad real y asegurando una igualdad real entre las partes, de tal manera que la parte victoriosa sea la que probablemente tiene la razón y no la que posee más medios económicos para pagar a un representante hábil que complique el proceso en aras a los intereses de su representado y resista la lentitud del proceso.²²

Para el profesor Paul Paredes Palacios “la oralidad no significa solamente el uso de la palabra hablada como medio de comunicación en las audiencias (oralidad en sentido débil). Significa la necesidad de interacción entre los partícipes, en las audiencias, para actualizar las pretensiones, las defensas y los medios probatorios a fin de permitir, al juez, a su conclusión, la construcción del sustento fáctico – jurídico de su decisión (oralidad en sentido fuerte). El sentido o significado fuerte de la oralidad se aprecia claramente en el diseño de las audiencias de conciliación y de juzgamiento (en el proceso ordinario laboral) y en el de la audiencia única (en el proceso abreviado laboral). En ellos el valor de la oralidad está en su capacidad de actualización del conflicto.”²³

En el proceso contencioso administrativo existen dos posibilidades de realizarse una audiencia que resulta ser una audiencia de pruebas, a saber: 1) la audiencia de pruebas en el proceso especial, la misma que se realiza sólo cuando la actuación de los medios probatorios ofrecidos lo requiera (art. 28.1 LPCA), y 2) cuando al incorporarse medios probatorios extemporáneos es necesaria la citación a audiencia para la actuación de un medio probatorio. (art. 31 LPCA).

Es en estas oportunidades en que puede instrumentarse el principio de oralidad además de la posibilidad de realizarse un informe oral antes del dictado de la sentencia en primera instancia, siempre a pedido de parte (art. 28.1 *in fine* de la LPCA), o en la vista de la causa a propósito de la interposición del recurso de apelación o de casación.

13.2 INMEDIACIÓN

La intermediación implica que el juzgador deberá tomar contacto directo e inmediato con los elementos objetivos y subjetivos de la controversia. En ese sentido, conforme a este principio las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad.

La intermediación prevista como principio en la NLPT, viene a ser en realidad un principio que se complementa con el principio de oralidad de tal manera que será de aplicación en el PCA en las oportunidades en que se pueda instrumentar un proceso por audiencias conforme a lo descrito en el acápite anterior. Además, resulta igualmente de aplicación en el PCA pues conforme al artículo 2 del TUO de la PCA el proceso contencioso administrativo se rige por los principios del derecho procesal, sin perjuicio de la aplicación supletoria de los principios del derecho procesal civil en los casos en que sea compatible.

13.3 CONCENTRACIÓN

Este principio se refiere a que el proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales.

La concentración prevista como principio en la NLPT viene a ser un principio que complementa al principio de oralidad y resulta igualmente de aplicación en el PCA pues conforme al artículo 2 del TUO de la PCA el proceso contencioso administrativo se rige por los principios del derecho procesal, sin perjuicio de la aplicación supletoria de los principios del derecho procesal civil en los casos en que sea compatible.

22 JINESTA, Ernesto (1999). La oralidad en el Proceso Contencioso Administrativo. Iustitia (Año 13 N° 155-156), Página 3.

23 PAREDES PALACIOS, Paul. “La Oralidad como herramienta para el acceso a la justicia en el nuevo proceso laboral peruano”. Disponible en: <http://www.academia.edu/25637914/La_oralidad_como_herramienta_para_el_acceso_a_la_justicia_en_el_nuevo_proceso_laboral_peruano>. Obtenido el 20 abr. 2018.

13.4 CELERIDAD

Conforme a este principio la actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el Juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.

El artículo III segundo párrafo del Título Preliminar de la NLPT establece al efecto que los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso, por lo que tienen el deber de impedir y sancionar la conducta contraria a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe de las partes, sus representantes, sus abogados y terceros.

La celeridad procesal, prevista como principio en la NLPT resulta igualmente de aplicación en el PCA pues conforme al artículo 2 del TUO de la PCA el proceso contencioso administrativo se rige por los principios del derecho procesal, sin perjuicio de la aplicación supletoria de los principios del derecho procesal civil en los casos en que sea compatible.

13.5 ECONOMÍA PROCESAL

En virtud de este principio el Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

MONROY GÁLVEZ, Juan, señala que “El principio de economía procesal exige que tanto la estructura del proceso como los deberes, facultades y actuaciones de las partes y el juez deben realizarse bajo una lógica de eficiencia que permita reducir costos directos e indirectos, o lo que doctrinalmente se ha llamado economía del gasto, refiriéndose a los costos patrimonialmente cuantificables de forma directa que se sufragan en un proceso; economía del esfuerzo, para referirse al número de actos procesales por llevarse a cabo; y economía del tiempo, en alusión a la duración del proceso”²⁴.

Como hemos expuesto anteriormente, en relación al principio de concentración procesal, la economía procesal, prevista como principio en la NLPT, viene a ser un principio que complementa al principio de oralidad y resulta igualmente de aplicación en el PCA pues conforme al artículo 2 del TUO de la PCA el proceso contencioso administrativo se rige por los principios del derecho procesal, sin perjuicio de la aplicación supletoria de los principios del derecho procesal civil en los casos en que sea compatible.

13.6 FAVORECIMIENTO DEL PROCESO

En virtud de este principio los jueces interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, conforme lo establece el Artículo III del Título Preliminar de la NLPT.

Esta norma tiene su antecedente en el artículo 2 inciso 3 de Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, según el cual el Juez no podrá rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa. Asimismo, en caso de que el Juez tenga cualquier otra duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda, deberá preferir darle trámite a la misma.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional, en la sentencia de fecha treinta de enero de dos mil cuatro expedida en el Expediente N° 1049-2003-AA citando a Pico I Junoy, Joan. Las garantías constitucionales del proceso. Barcelona: Bosh. 1997, en el fundamento número cinco ha hecho referencia al principio *favor actionis* o *pro actione*, según el cual “se impone a los juzgadores la exigencia de interpretar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una resolución válida sobre el fondo (P.49)”.

²⁴MONROY GÁLVEZ, Juan, op. Cit., p.99.

Lo anterior no significa sino la vigencia del derecho al acceso a la tutela jurisdiccional, garantizada constitucionalmente en el numeral 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado.

En relación a este principio del PCA el profesor Giovanni Priori señala que “no debe entenderse que con dicho principio se está estableciendo que los requisitos procesales no resultan trascendentes o que no deben ser cumplidos, sino que únicamente y exclusivamente se está estableciendo un criterio interpretativo en caso el juez, al momento de admitir la demanda, encuentre duda si se ha cumplido o no con un requisito procesal. En esos casos el juez deberá, atendiendo al derecho constitucional de acceso a la jurisdicción, preferir darle trámite al proceso, sin perjuicio que en un momento posterior pueda declarar, esta vez ya con certeza, que efectivamente no se había cumplido con un requisito de procedencia, lo que podrá hacer incluso antes de dictar sentencia, a través de una sentencia inhibitoria.”²⁵

Por otro lado, Anacleto Guerrero señala que “cabe indicar, que el principio pro actione, o de favorecimiento del proceso, será aplicable no sólo para atenuar las barreras procesales que limitan el acceso a la jurisdicción, sino también para aquellos casos en los que deban interpretarse requisitos formales del acto procesal y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la plena efectividad de la tutela jurisdiccional”.²⁶

De esta manera el principio de favorecimiento del proceso es compartido tanto por la NLPT como por la LPCA.

13.7 PREVALENCIA DEL FONDO SOBRE LA FORMA

Constituye fundamento del nuevo proceso laboral, contemplado en el artículo III del Título Preliminar de la NLPT, que en todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad.

Bajo esta orientación, resulta necesario que en el nuevo esquema procesal se tienda a evitar pronunciamientos inhibitorios o nulificantes que tienen efectos perniciosos no solamente en la imagen sino en la propia subsistencia del modelo. En efecto, si tenemos en cuenta de que el número de personal es limitado y la carga procesal agobiante -producto entre otras razones de la expectativa que genera un nuevo proceso laboral célere y eficaz- quienes se encuentran al frente de los procesos laborales deben estar mentalizados en la tendencia de emitir pronunciamientos respecto al fondo de la controversia en todos los casos, salvo excepciones muy contadas, evitando de esa formas las críticas que siempre se formulan en contra de la institución judicial, situación que lleva a que se deslegitime el modelo.

Este principio resulta igualmente de aplicación al proceso contencioso administrativo pues, bajo la égida del principio de integración, previsto en el artículo 2.1 de la LPCA resulta de aplicación al PCA el principio de informalismo contemplado en el artículo IV 1.6 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, según el cual las normas del procedimiento deben ser interpretadas en sentido favorable a admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

14 CONCLUSIONES

1.- La mención contenida en el artículo 2.4. de la NLPT a que el proceso contencioso administrativo laboral se tramitará **conforme a la ley de la materia** nos indica ciertamente que la tramitación de dichos procesos deberán seguirse bajo la pauta del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo Laboral aprobado por decreto Supremo 013-2008-JUS, (en adelante TUO - LPCA) que, como sabemos, establece un procedimiento predominantemente escrito con algunos rasgos orales como es el caso de los informes orales que pudieran solicitarse antes de que la causa se encuentre expedita para dictar sentencia (Artículo 29 e) y f).

25 PRIORI POSADA, Giovanni, op. cit., 104-105.

26 ANACLETO GUERRERO, Víctor. Proceso Contencioso Administrativo, Lex & Iuris Grupo Editorial, 2016, p.104.

2.- Sin embargo, de cara a las bondades y evidentes beneficios que significa la instrumentación de un proceso oral, esto es, in proceso célere, transparente en el que se destaca los principios de inmediación y concentración, existen planteamientos no solamente en sede nacional sino en el derecho comparado destinados a la necesidad de implementar la oralidad en el PCAL para lo cual se discute si es necesaria una modificación legislativa o si en una especie de *buenas prácticas judiciales* se puede perfectamente introducir y aplicar los fundamentos y principios que inspiran la NLPT y especialmente la oralidad que se resume en la norma contenida en el artículo 12.1 de la NLPT que prevé que *en los procesos laborales por audiencias las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas sobre la base de las cuales el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia sentencia*.

3.- Si bien en la LPCA no existe una disposición similar a la prevista en el artículo 31 de la NLPT si resulta posible que la sentencia en el proceso contencioso administrativo pueda sobrepasar o exceder los términos de la demanda. En efecto, el TUO de la LPCA en su artículo 41 establece que “La sentencia que declare fundada la demanda podrá decidir en función de la pretensión planteada lo siguiente: 2. El restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, aun cuando no hayan sido pretendidas en la demanda.[...]”.(lo resaltado es nuestro).

4.- A diferencia del principio de suplencia indirecta de la demanda, que podemos extraer mediante una labor interpretativa de los principios que gobiernan el nuevo proceso laboral, la LPCA si contiene expresamente el *principio de la suplencia de oficio* al señalar en el artículo 2.4. que el juez deberá suplir las deficiencias formales en las que incurran las partes, sin perjuicio de disponer la subsanación de las mismas en un plazo razonable en los casos en que no sea posible la suplencia de oficio.

5.- Siendo que el Tribunal Constitucional considera al principio de primacía de la realidad, y por lo tanto al principio de veracidad, como *un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución*, resulta incuestionable su aplicación al PCAL tanto más si en el análisis de las actuaciones administrativas deberá aplicarse el *principio de verdad material*, principio contenido en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Por otro lado, el TUO de la LPCA confiere igualmente al Juez la facultad de actuar pruebas de oficio pues el artículo 32 señala que cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de medios probatorios adicionales que considere convenientes.

6.- Respecto a la carga de la prueba la LPCA establece que en su artículo 33 que salvo disposición legal diferente, la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos que sustentan su pretensión. Sin embargo, si la actuación administrativa impugnada establece una sanción o medidas correctivas, o cuando por razón de su función o especialidad la entidad administrativa está en mejores condiciones de acreditar los hechos, la carga de probar corresponde a ésta.

Lo anterior no significa sino la consagración en nuestro sistema procesal de la teoría de las *cargas probatorias dinámicas*, instituto que igualmente está recogido en la Nueva Ley Procesal del Trabajo pues si analizamos las diversas reglas de la carga de prueba establecidas en la NLPT no significan sino la plasmación de esta doctrina por lo que en esta temática resulta evidente que ambos procesos confluyen.

7.- Teniendo en cuenta que el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales tiene un reconocimiento constitucional resulta evidente su aplicación al Proceso Contencioso Administrativo Laboral, siendo que en la eventualidad de que se produzca un acto de transacción o conciliación a que se refiere el artículo 43 de la LPCA el Juez deberá aplicar un juicio de disponibilidad con el objeto de garantizar que se respete la norma imperativa contenida en el artículo 26.2 de la Constitución Política del Estado

8.- Si bien la NLPT no ha considerado expresamente el principio del *in dubio pro operario* no cabe duda que constituyendo un mandato constitucional resulta de aplicación en el nuevo proceso Laboral e igualmente en el Proceso Contencioso Administrativo Laboral pues en realidad se trata de que en ambos procesos se ventilan derechos de carácter laboral.

9.- Si bien la *principio de inmediatez* se encuentra contemplado de manera expresa en el artículo 31 del TUO del Decreto Legislativo 728 no cabe duda que resulta de aplicación general en el ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado. En ese sentido en la instrumentación de un PCAL en el que se cuestione una sanción disciplinaria de un trabajador del Estado que no se encuentre bajo el régimen de la actividad privada, esto es, que se encuentre bajo el Régimen del D.L. 276 o el Régimen del Decreto Legislativo 1057, resulta perfectamente aplicable el *principio de inmediatez*, siendo que incluso en ese sentido se ha pronunciado el Tribunal del Servicio Civil en la Resolución de Sala Plena N° 003-2010-SERVIR/TSC, su fecha 10 de agosto de 2010.

10.- El artículo III del Título Preliminar de la NLPT establece que en todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes. En particular, acentúan estos deberes frente a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad. Este principio resulta de aplicación igualmente en el PCAL pues el artículo 2.2. de la LPCA establece que las partes en el proceso contencioso administrativo deberán ser tratadas con igualdad, independientemente de su condición de entidad pública o administrado.

10.- Resulta evidente que el principio de razonabilidad resulta de aplicación en el PCA desde que constituye una previsión constitucional contemplado en el artículo 200 de la Carta Política y la aplicación y utilización de este principio debe ser además verificada por el juzgador contencioso administrativo, a propósito del control judicial de las decisiones administrativas, las mismas que deben observar igualmente este principio a tenor de lo previsto en el artículo IV 1.4 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General que establece que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. Por otro lado, en virtud del principio de integración previsto en el artículo 2.1 del TUO de la LPCA los jueces no deben dejar de resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre con relevancia jurídica por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos deberán aplicar los principios del derecho administrativo.

11.- En el proceso contencioso administrativo existen dos posibilidades de realizarse una audiencia que resulta ser una audiencia de pruebas, a saber: 1) la audiencia de pruebas en el proceso especial, la misma que se realiza sólo cuando la actuación de los medios probatorios ofrecidos lo requiera (art. 28.1 LPCA), y 2) cuando al incorporarse medios probatorios extemporáneos es necesaria la citación a audiencia para la actuación de un medio probatorio. (art. 31 LPCA). Es en estas oportunidades en que puede instrumentarse el principio de oralidad además de la posibilidad de realizarse un informe oral antes del dictado de la sentencia en primera instancia, siempre a pedido de parte (art. 28.1 *in fine* de la LPCA), o en la vista de la causa a propósito de la interposición del recurso de apelación o de casación.

12.- La inmediatez prevista como principio en la NLPT, viene a ser en realidad un principio que se complementa con el principio de oralidad de tal manera que será de aplicación en el PCA en las oportunidades en que se pueda instrumentar un proceso por audiencias conforme a lo descrito en el acápite anterior. Lo mismo sucede con los principios de concentración y economía procesal.

13. En virtud del principio de favorecimiento del proceso los jueces interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, conforme lo establece el Artículo III del Título Preliminar de la NLPT. Este principio se encuentra previsto en el artículo 2 inciso 3 de Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, según el cual el Juez no podrá rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa. Asimismo, en caso de que el Juez tenga cualquier otra duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda, deberá preferir darle trámite a la misma.

14.- La prevalencia del fondo sobre la forma resulta igualmente de aplicación proceso contencioso administrativo pues, bajo la égida del principio de integración, previsto en el artículo 2.1 de la LPCA resulta de aplicación al PCA el principio de informalismo contemplado en el artículo IV 1.6 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General según el cual las normas del procedimiento deben ser interpretadas en sentido favorable a admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

15. Es posible la aplicación de los principios y fundamentos que sustentan la NLPT en el desarrollo del PCAL lo cual va a tono con las nuevas tendencias procesales que en nuestro país se inició en el ámbito penal y luego en el área laboral y, a tenor de las propuestas hechas públicas recientemente, ahora se plantea en la justicia civil. Nosotros proponemos que no resulta necesaria una modificación legislativa pues, en virtud de lo que se denomina buenas *prácticas judiciales*, se pueden perfectamente aplicar los principios y fundamentos que inspiran el nuevo proceso oral al desarrollo del proceso contencioso administrativo laboral.

REFERENCIAS

ANACLETO GUERRERO, Víctor. **Proceso Contencioso Administrativo**, Lex & Iuris Grupo Editorial, 2016, p.105.

GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo. **Los Principios del Derecho Procesal del Trabajo**, en: Aportes para la reforma del Proceso Laboral Peruano, SPDTSS, Lima, 2005.

JINESTA, Ernesto (1999). La oralidad en el Proceso Contencioso Administrativo. **Ivstitua** (Año 13 N° 155-156).

KROTOSCHIN, Ernesto. **Tratado práctico de derecho del trabajo** 4. ed. Buenos Aires, Ed. Desalma, 1981, (cuarta parte). Citado por el Centro Interamericano de Administración del Trabajo (CIAT/OIT) en el libro "Fichas para la Investigación". 1era. edición, diciembre de 1986.

MONROY GALVEZ, Juan. **Introducción al Proceso Civil**, Temis, Bogotá, 1996.

PAREDES PALACIOS, Paul. "**La Oralidad como herramienta para el acceso a la justicia en el nuevo proceso laboral peruano**". Disponible en: <http://www.academia.edu/25637914/La_oralidad_como_herramienta_para_el_acceso_a_la_justicia_en_el_nuevo_proceso_laboral_peruano>. Obtenido el: 20 abr 2018.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario. **Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo**. Lima aee, 1997.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Los Principios del Derecho del Trabajo**". 3. ed. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998.

PRIORI POSADA, Giovanni. "**Comentarios a la Ley del proceso Contencioso Administrativo**", ARA Editores, 4.Edic., Lima 2009.

TOLEDO TORIBIO, Omar "El Principio de la Primacía de la Realidad". **Revista Diálogo con la Jurisprudencia**, Año 10, n°75, Diciembre 2004, p. 87-89.

TOLEDO TORIBIO, Omar. "Principios Ordenadores que rigen el Sistema de Inspección de Trabajo". **En Comentarios a la Ley General de Inspección de Trabajo**. Gaceta Jurídica S.A., Lima 2008, p.33-42.

VESCOVI, Enrique. **Teoría General del Proceso**, Temis, Bogotá, 1984.

OS PROBLEMAS BIOÉTICOS EM OS VINGADORES: REFLEXÕES SOBRE O PÓS-HUMANISMO E A ÉTICA DO FUTURO

THE BIOETHICAL PROBLEMS IN THE AVENGERS: REFLECTIONS ABOUT POSTHUMANISM AND THE ETHICS OF THE FUTURE

Pedro Ernesto Neubarth Jung¹

*"Apenas uma guerra é permitida à espécie humana:
a guerra contra a extinção [...]"².*

Resumo: No atual momento histórico da humanidade, toma-se cada vez mais conhecimento dos espetaculares avanços científicos e tecnológicos. Diante desses avanços, a cada dia que se passa nos aproximamos mais dos cenários de ficção científica abordados pela 7ª Arte. Tem-se, assim que tal aproximação possa nos levar a discussões acerca das atuais e futuras implicações biotecnológicas em relação aos preceitos éticos presentes nesses avanços, ou seja na interação entre a espécie humana e os pós-humanos. Nesse contexto, os filmes do Universo Cinematográfico da Marvel são ótimos aportes, pois levantam inúmeras questões, que navegam perfeitamente entre o aperfeiçoamento humano ao desenvolvimento de exoesqueletos ligados ao córtex cerebral. Desse modo, o presente artigo visa, entrelaçar os conceitos supra abordados, com intuito de se fornecer uma visão da responsabilidade ante a ética do futuro. Se adotará, outrossim a presente pesquisa o método indutivo, utilizando-se ainda a revisão da literatura nacional e internacional, bem como a observação dos filmes do aludido Universo cinematográfico.

Palavras-Chaves: Pós-humano. Aprimoramento genético. Ciência. Bioética. Cinema.

Abstract: In the current historical moment of humanity, more and more knowledge of the spectacular scientific and technological advances is made. Faced with these advances, with each passing day we approach more of the scenarios of science fiction addressed by the 7th Art. It is, as soon as this approach can lead us to discussions about the current and future biotechnological implications in relation to the ethical precepts present in these advances, that is, in the interaction between the human species and the post-humans. In this context, the films of the Marvel Cinematic Universe are great contributions, as they raise many questions, which navigate perfectly between the human improvement to the development of exoskeletons linked to the cerebral cortex. Thus, this article aims to interweave the concepts discussed above, in order to provide a vision of responsibility to the ethics of the future. In addition, the present research will adopt the inductive method, using also the revision of the national and international literature, as well as the observation of the films of the aforementioned cinematographic Universe.

Keywords: Posthuman. Genetic enhancement. Science. Medicine. Movie theater.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Feevale, atualmente está cursando Mestrado em Direito no PPGD da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, na qual atua como pesquisador, mestrando, nos projetos de pesquisa "Teoria do Direito e Diferenciação Social na América Latina", "AUTOORGANIZAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO: Comunicações e Autorreferência entre Brasil e Chile" e "Teoria do Direito e Evolução Social - UNISINOS". Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Advogado.

² ASIMOV, Isaac. Life and Time. [S.l.]: Avon Books, 1979, p. 245.

1 INTRODUÇÃO

Nunca antes na história da humanidade, a sociedade internacional tomou tanto conhecimento dos espetaculares avanços científicos e tecnológicos, como na contemporaneidade, principalmente no que diz respeito ao âmbito da engenharia genética. Destarte, tem-se que a humanidade encontra-se encaminhando para uma nova fase de sua evolução, uma fase doravante denominada Pós-Humana. Nessa nova etapa, diversos questionamentos pairam sobre si, dúvidas essas que em alguns casos são antevistos, de maneira muito inteligente e peculiar, pela 7ª Arte (Cinema) e 9ª Arte (Histórias em Quadrinho).

Almeja-se, assim ao presente estudo abordar algumas das questões relacionadas à responsabilidade, moral e ética, entre a espécie humana e a Pós-Humana, de forma comparada as abordadas nos filmes “Os Vingadores: Era de Ultron” e “Capitão América: Guerra Civil”, que antevêm, de certo modo, possíveis mudanças ocorridas na atualidade a função da nova ética, ou melhor dizendo da ética do futuro?

Destarte, por opção metodológica, será abordado na primeira parte desse trabalho os principais conceitos filosóficos relacionados ao Pós-Humanismo. Na segunda etapa será tratado, especificamente, sobre a aproximação dos filmes elencados ao novo período para o qual a espécie humana está, possivelmente, se encaminhando. Já no terceiro e último item, se buscará identificar qual o papel da ética do futuro nessa nova fase vivida e no presente, ainda deveras obscura, a que nós, seres humanos, estamos nos direcionando, qual seja, o Pós-Humanismo.

Enfim, antepõem-se ao início desse estudo o fato de que o foco da presente pesquisa não é, propriamente dito, a discussão do sistema do Direito, mas sim aquilo que o antecede, para tanto utilizaremos o método o indutivo, atrelada a revisão bibliográfica nacional e internacional, bem como a observação dos filmes ora relatados, a fim de se abranger uma resposta à problemática abordada.

2 PREÂMBULOS AO FUTURO (PÓS-)HUMANO

Em um futuro não muito distante, o cenário de desenvolvimento biotecnológico estará em conflito direto com os dilemas da moralidade, isto é, ao invés de enfrentarmos questões de atitudes e deveres morais que devemos ter para com os seres que hoje compreendemos como não humanos, estaremos face a face com questões envolvendo os chamados pós-humanos, ou quem sabe, deles para conosco (espécie humana).³

Nessa senda, surge o transumanismo como sendo um movimento não acabado que se encontra em desenvolvimento, estando suas ideias amparadas nas ideologias do humanismo racionalista.⁴ Os transumanos partem, assim, da premissa de que a espécie humana em sua forma atual, não representa o fim da nossa evolução, mas sim o início dessa.⁵

Leocir Pessini escreve, nessa linha, que com as descobertas feitas no início do Séc. XXI, muitas áreas da ciência nunca mais serão as mesmas:

A biologia, medicina e biotecnologia entraram em sua idade de ouro. Com o término da fase

3 VILAÇA, Murilo Mariano; DIAS, Maria Clara Marques. Transumanismo e o futuro (pós-) humano. *Physis – Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 02, 2014, p. 342. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v24n2/0103-7331-physis-24-02-00341.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

4 SCHUSTER, Diego Henrique. Sobre a Dignidade Humana como Qualificadora do Gênero Humano e Fonte de Legitimidade dos Direitos: uma Reflexão sobre o Movimento Transumanista e sua Influência sobre o Desenvolvimento Futuro da Humanidade. In: *Revista Brasileira de Direitos Humanos*, v. 16, 2016, p. 71-90.

5 [...] Transhumanism is a way of thinking about the future that is based on the premise that the human species in its current form does not represent the end of our development but rather a comparatively early phase [...]. (Tradução nossa). HUMANITY+. Transhumanist FAQ. [S.d]. Disponível em: <<http://humanityplus.org/philosophy/transhumanist-faq/>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

do sequenciamento do DNA do projeto Genoma Humano no ano 2000 e a emergência da pesquisa com células-tronco, se pode, sem dúvida, esperar por mais descobertas sobre o desenvolvimento humano, normal e anormal, bem como tratamentos novos e mais focados, precisamente, nas doenças humanas. Avanços na neurociência trazem a promessa de poderosas e novas compreensões dos processos mentais e comportamento, bem como da cura de doenças mentais devastadoras. Instrumentos nanotecnológicos geniais, implantáveis no corpo e cérebro humano, trazem esperança de superação da cegueira e surdez, bem como de aprimoramento das naturais capacidades humanas de consciência e ação. Pesquisas na área da biologia do envelhecimento e senescência sugerem a possibilidade de diminuir o processo de declínio dos corpos e mentes e, talvez, até mesmo aumentar ao máximo o tempo da vida humana. De inúmeras maneiras, as descobertas dos biólogos e as invenções dos biotecnologistas estão aumentando o poder de intervir no funcionamento de nossos corpos e mentes e alterá-los [...].⁶

Para tanto, a fim de assimilarem-se os respectivos acontecimentos que ainda estão por vir, bem como seus argumentos, podemos comparar a revolução genética, que, embora seja ainda desconhecida, repercutirá na sociedade futura, transformando-a em uma nova sociedade, fato esse que foi semelhante ao ocorrido com as sucessivas revoluções industriais, tecnológicas e da informática. Essas, em outros tempos, conduziram a sociedade, por sua vez, à pós-modernidade.⁷

Outrossim, Roberto Andorno leciona que nas sociedades contemporâneas, a melhoria da qualidade de vida da população está em grande medida ligada à promoção dos progressos científicos e técnicos, por conseguinte, tem-se que essa necessita de liberdade para avançar nos mais diversos campos. Todavia, essa liberdade, evidentemente, não é absoluta, eis que não pode atuar à margem da ética e do respeito aos Direitos Humanos.⁸

Assim, em uma análise preliminar, é possível aduzir que com as melhorias ambicionadas pelos transumanos, nossos descendentes, os pós-humanos, por sua vez, poderão ter um longo prazo de vida, sem precedentes conhecidos até o momento. Poderão ter faculdades intelectuais maiores do que as atuais, e também sensibilidades inteiramente novas, com a possibilidade, até mesmo, de controle de suas próprias emoções.⁹

Porém, não são apenas de coisas fascinantes que o futuro da humanidade está circundado. Existem também problemas que aqui devem ser abordados, e é por esse motivo que se faz necessária a realização de um pequeno recorte a fim identificar o dualismo existente a respeito do presente tema, isto é, as consequências do melhoramento humano por vias biotecnológicas, que vêm acirrando um dos mais importantes debates no campo da ética, que tem como palco o futuro da humanidade em face da problemática e obscuramente oposição binária de tipo “bem *versus* mal”.¹⁰

De acordo com Éverton Willian Pone e Marcia Teshima, os transumanistas, além do já anteriormente exposto, são também os defensores do desenvolvimento biotecnológico e da engenharia genética como modo de alcançar o aperfeiçoamento humano (human enhancement). Por sua vez, na linha

6 PESSINI, Leocir. Bioética e o desafio do transumanismo: ideologia ou utopia, ameaça ou esperança? Revista Bioética, v. 14, n. 02, 2006, p. 129. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361533244002>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

7 COELHO, Luiz Fernando. Clonagem reprodutiva e clonagem terapêutica: questões jurídicas. Revista Centro de Estudos Judiciários, Brasília, v. 06, n. 16, 2002, p. 30. Disponível em: <<http://www.jfjus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/438/619>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

8 ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da Pessoas: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Luwdwig (Orgs.). Bioética e Responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 80-82.

9 [...] Ultimately, it is possible that such enhancements may make us, or our descendants, ‘posthuman’, beings who may have indefinite health-spans, much greater intellectual faculties than any current human being – and perhaps entirely new sensibilities or modalities – as well as the ability to control their own emotions [...]. (Tradução nossa). BROSTOM, Nick. In defence of posthuman dignity. Bioethics, Oxford, v. 19, n. 03, 2005, p. 203. Disponível em: <http://www.psyvanderbilt.edu/courses/hon182/Posthuman_dignity_Bostrom.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2017.

10 VILAÇA, Murilo Mariano; DIAS, Maria Clara Marques. Transumanismo e o futuro (pós-) humano. Physis – Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 24, n. 02, 2014, p. 342. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v24n2/0103-7331-physis-24-02-00341.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

contrária, existem os bioconservadores que se centram na defesa da continuidade de uma natureza eminentemente humana, ou seja, sem a utilização de tecnologias e conhecimentos genéticos capazes originar indivíduos pós-humanos.¹¹

Nessa linha, destacam-se como alguns dos representantes da ideologia transumanista, Brostom, Savulescu e, possivelmente Dworkin, que na medida do possível, claramente dirigiu críticas à argumentação contra a eugenia apresentada por Habermas. Já em oposição a essa visão, enfatizamos como proeminentes bioconservadores os escritores Leon Kass e Francis Fukuyama.

Barretto, quanto aos argumentos e preocupações relacionados à eugenia por Habermas, assim aduz:

A questão, portanto, encontra-se no perigo da queda em argumentos e políticas eugênicas de aperfeiçoamento (positivas), pois se torna difícil estabelecer critérios *do que é ou do que não é terapêutico*. Aceitando-se essa premissa, Habermas aponta para o medo da mudança da autocompreensão da espécie humana, que ocorreria em duas etapas. Em primeiro momento, pela consagração de uma eugenia liberal negativa, para, após, no segundo momento, cair-se no abismo moral da eugenia positiva (de aperfeiçoamento), [...].¹²

Barretto ensina, ainda, a respeito de Habermas e, nessa senda, em relação ao seu segundo questionamento sobre os perigos da eugenia que, na sociedade contemporânea, predominam os interesses econômico-político-individuais, os quais variam de grupo social para grupo social. Todavia, os que mais se complicam diante dessas situações são os beneficiários finais, pois os interesses que mais preponderam, no caso em tela, são os dos cientistas e dos fabricantes sobre os seres humanos.¹³

Habermas suscita, além disso, um último ponto preocupante em relação as eugenias de aperfeiçoamento, qual seja, o fato dessas alterarem a autocompreensão ética da espécie humana “de tal modo que não possamos mais nos compreender como seres vivos eticamente livres e moralmente iguais, orientados por normas e fundamentos”¹⁴.

No entanto, como anteriormente relatado, Ronald Dworkin direciona críticas diretas aos questionamentos de Habermas em relação à eugenia. Destarte, Barretto e Subtil lecionam a respeito desse e suas críticas, aduzindo que:

[...] quanto à objeção de que as pesquisas genéticas trazem perigo, numa concretização da engenharia genética total, ou seja, sobre a questão da Segurança, preconiza que os abortos realizados, as deformidades eventualmente encontradas e os exemplos tomados das clonagens em animais, por si só, não podem obstar a concretização dos conhecimentos técnicos. Além disso, disserta sobre a necessidade de regulamentação da utilização destas novas tecnologias e da preocupação em avaliar os riscos, pois não se pode excluir o melhoramento de características humanas, somente sob o argumento de “mero perigo” da espécie humana.¹⁵

Assim como Habermas direcionara três questionamentos à eugenia, Dworkin rebateu a esses questiona-

11 PONA, Éverton William; TESHIMA, Marcia. X-Men: da ficção à realidade? Posicionamentos de sentinelas bioconservadoras. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 52, n. 205, 2015, p. 190. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/rii/edicoes/52/205/rii_v52_n205_p189.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2017.

12 BARRETTO, Vicente de Paulo. O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2013, p. 331.

13 Ibidem, p. 331.

14 HABERMAS, Jürgen. O Futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004, p. 57.

15 BARRETTO, Vicente de Paulo; SUBTIL, Camargo Leonardo. Habermas, Direito e Eugenia. RECHTD – Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, São Leopoldo, v. 02, n. 02, 2010, p. 170. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/298>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

mentos em três críticas à temática contra-eugênica. Destarte, a segunda crítica trata do fato de “as vaidades dos ricos não serem os únicos objetivos das técnicas, [...] Dworkin surge com argumentações opostas aos defensores da proibição das pesquisas, [...] afirmando que não se devem instituir critérios de igualdade por baixo, ou seja, nivelar a igualdade”¹⁶, pois essas técnicas médicas destinadas aos ricos, geram descobertas de repercussão mais geral para todos, justificando, temporariamente, a desigualdade.

Por fim, a terceira e última crítica realizada versa sobre as repulsas e medos de a espécie humana estar *Brincando de Deus*, isto é, as consequências que poderiam recair à espécie humana face o desenvolvimento de novas tecnologias. Todavia, para Dworkin o homem se sente apenas ameaçado pela engenharia genética, pois teme a possibilidade de pessoas virem a criar outras pessoas, ultrapassando, assim, os limites entre a sorte e a escolha, não estando, efetivamente, *Brincando de Deus*. Não obstante o até aqui aduzido, é imperioso destacar, ainda, sob essa ótica, que nós seres humanos *Brincamos de Deus* desde os primórdios da humanidade quando da descoberta do Fogo, momento esse em que começamos a utilizá-lo/brincar com ele de acordo com nossos próprios interesses.¹⁷

Tendo em vista essa dualidade de pensamentos sobre o futuro da espécie humana, Murilo Mariano Vilaça e Maria Clara Marques Dias lecionam que:

Dito de outro modo, ao passo que os transumanistas apostam na superação dos limites da condição humana e na pós-humanidade como uma ampliação das possibilidades de ser no mundo, [...], os bioconservadores avocam o papel de defensores intransigentes da natureza humana, ainda que isso implique manutenção daqueles limites. [...], enquanto, para alguns, o processo de alteração da condição humana dará origem a um ser pós-humano, e isso será algo positivo, melhorador, pois beneficiará o humano, para outros, ocorrerá justa e radicalmente o inverso. O que parece estar em questão – por sinal, de modo indevido – seria quem ameaçaria (lado do “mal”) a natureza humana, tentando “melhorá-la”, e quem supostamente a protegeria (lado do “bem”), mantendo-a estruturalmente precária.¹⁸

Nesse ponto, observa-se que, aparentemente, há um consenso entre os pensamentos transumanistas e bioconservadores, qual seja o fato de que, independentemente de qual dessas ideologias venha a predominar, serão as biotecnologias de grande importância para o futuro da humanidade.¹⁹ O impacto da genética na cultura contemporânea já é fortíssimo, com tendências de aumentar o contato da vida humana para com um mundo que até então era desconhecido, através da manipulação da própria origem da vida. O fato dessa tornar-se transformável, bem como a sua compreensão material, trará ainda, muitas e surpreendentes revelações para o ser humano do futuro.²⁰

Hans Jonas doutrina, em sua monumental obra “O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica”, a respeito dessas revelações futuras à espécie humana que à *techne*, como uma dessas já ultrapassou os próprios objetivos dos tempos de outrora, impulsionando e transformando o homem para um adiante infinito. Tal assertiva nos leva, por conseguinte, ao fato de que, talvez, a vocação do homem seja justamente a do contínuo progresso da superação de si mesmo e também a busca por feitos cada vez maiores. Em outras palavras, o desejo do homo faber é o de ter em suas próprias mãos a sua evolução, triunfando assim, sobre o que antigamente costumava ser uma parte de

16 Idem.

17 Idem.

18 VILAÇA, Murilo Mariano; DIAS, Maria Clara Marques. Transumanismo e o futuro (pós-) humano. *Physis – Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 02, 2014, p. 343. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v24n2/0103-7331-physis-24-02-00341.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

19 Idem.

20 BENTO, Luiz Antonio; CALVO, Paulo Rafael Sanches. Quando a vida imita a arte: a bioética dos homens-máquinas. In: *Revista Bioethikos*, São Camilo, v. 07, n. 03, 2013, p. 315. Disponível em: <<https://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/105/1815.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

si, e hoje se encontra melhorada e transformada com base em seu próprio projeto.²¹

Nesse ínterim, é importante se destacar que Têmis Limberger perfeitamente descreve a *techne* como sendo:

[...] a antítese da natureza, a *physis* dos gregos é a expressão *techne*, isto é, criação artificial. Assim a artificialidade reconhecida como característica do direito na época da automação, caracteriza-se como uma metáfora empregada para precisar o momento lógico-formal, constitutivo da experiência jurídica, em consonância com o momento ético, enquanto que entre ambos se mantém e transcorre a tensão da consciência humana, a partir da qual brota toda norma, toda a sentença, toda a ação jurídica.²²

Em face desse contexto e conceito, retoma-se as ideias originárias desse capítulo, se fazendo necessário constatar que os debates em torno do melhoramento humano estão profundamente enraizados a questões éticas, morais e religiosas, dentre outras, as quais, por sua vez, envolvem as definições de conceitos básicos, especialmente no que diz respeito à natureza humana. Como exemplo disso, existe o chamado melhoramento moral, que busca alterar em nível cerebral os remitentes problemas.²³

Há, também, o prolongamento da vida humana, exemplo esse, quiçá o mais fundamental dos aprimoramentos, pois com os crescentes avanços na biologia celular os processos bioquímicos de envelhecimento vêm sendo reduzidos, ampliando-se assim, a capacidade de prolongamento da vida humana, podendo-se falar, até mesmo, na almejada eternização da vida humana. Apesar disso, seria essa condizente com as questões relacionadas à finitude da própria vida humana e também com o equilíbrio entre a morte e a procriação.²⁴

Outro exemplo que exige um maior grau de respeito e reflexão por parte da espécie humana, é o relacionado à manipulação genética dessa. Entretanto, como o próprio Hans Jonas aduz, trata-se de um assunto grande demais para ser abordado de forma introdutória na presente pesquisa. No entanto, é imperioso arguir aqui os questionamentos por trás desse tipo de melhoramento, qual seja, temos o direito de fazê-lo, somos qualificados para esse papel criador e, ainda diversos outros dilemas éticos.²⁵

O doutrinador Leocir Pessini, não obstante, registra a respeito desses aperfeiçoamentos, que:

[...] essas predições em relação ao futuro pós-humano são problemáticas. Nem todos gostam da idéia de recriar o *Éden* ou do *homem brincando de Deus*. Nem todos acreditam que este mundo profetizado seja melhor que o que se vive atualmente. Nasce aqui a necessidade da discussão ética, que permeie esse cenário claramente polarizado, em termos de ser a favor de uma nova realidade pós-humana ou contrário a ela. Se a inquietação em relação ao uso da biotecnologia e o temor quanto ao mau uso da manipulação genética estão manifestos, há que se refletir sobre o assunto para que qualquer decisão sobre ele manifeste, senão um consenso, ao menos uma perspectiva largamente ponderada.²⁶

O fato, portanto, é que o ser humano está em um caminho sem volta, um ponto que o faz tornar-se

21 JONAS, Hans. O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Ed. Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 43.

22 LIMBERGER, Têmis. Cibertransparência: informação pública em rede e a cidade em tempos de globalização. In: STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS - Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, n. 12, 2016, p. 205.

23 VILAÇA, Murilo Mariano; DIAS, Maria Clara Marques. Transumanismo e o futuro (pós-) humano. *Physis - Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 02, 2014, p. 343. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v24n2/0103-7331-physis-24-02-00341.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

24 JONAS, Hans. O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Ed. Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 57-58.

25 Idem, p. 61.

26 PESSINI, Leocir. Bioética e o desafio do transumanismo: ideologia ou utopia, ameaça ou esperança?. *Revista Bioética*, v. 14, n. 02, 2006, p. 129. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361533244002>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

capaz de manipular a sua própria formação biofísica. Porém, isso não significa que esse deva fazer tudo o que é capaz de fazer, uma vez que goza de dignidade e sacralidade, ditames esses que devem ser levados em consideração em relação a própria vida humana, não podendo o sujeito ser tratado como objeto, pois uma pessoa é única, não repetível e insubstituível²⁷, é por esses motivos que, na próxima etapa, serão abordados os problemas bioéticos existentes nos filmes “Os Vingadores: Era de Ultron” e “Capitão América: Guerra Civil”, obras essas que podem demonstrar a complexidade e as catástrofes que porventura ocorrerão com a espécie humana, diante da eventual falta de fundamentação ética da produção científica pós-moderna.

3 QUANDO A VIDA IMITA A ARTE

Muitas são as obras que merecem serem lembradas como exemplos de um futuro distópico rasgado pelo perigo da biotecnologia. Os livros de Isaac Asimov, Aldous Leonard Huxley, Robert Louis Stevenson e Mary Wollstonecraft Shelley são esses exemplos. Todavia, optou-se pela escolha dos filmes do universo cinematográfico da Marvel devido ao seu grande feito atual, assim, ao criar os Vingadores, Stan Lee, Jack Kirby e Dick Ayers, bem como, Joe Simon e Jack Kirby, em relação ao Capitão América, não imaginavam que um mundo com pós-humanos seria possível. Na verdade, dificilmente esses imaginavam que suas histórias em quadrinhos um dia viessem a se tornar filmes de sucesso, muito menos que esses filmes e histórias em quadrinhos pudessem vir a ser utilizados como referencial para estudos científicos envolvendo temas bioéticos.

Em “Os Vingadores: Era de Ultron”, a equipe – formada pelo Homem de Ferro, Hulk, Thor, Capitão América, Viúva Negra e Gavião Arqueiro – invade um posto avançado da Hidra, na cidade de Sokovia, onde encontram dois seres aprimorados geneticamente – os gêmeos Pietro Maximoff e Wanda Maximoff –. Posteriormente, um dos protagonistas desenvolve uma inteligência artificial – Ultron – que reflete sobre sua missão, endeusando a si mesmo no papel de purificar a terra, e para conseguir essa façanha, será necessário exterminar com a espécie humana. Ultron, então, obriga a Dra. Helen Cho a usar sua tecnologia de tecidos sintéticos para criar um novo corpo perfeito para ele, mas, no entanto, quando estava para ser transferido para o novo corpo, é impedido pela equipe, que rouba o respectivo corpo e o transforma no personagem Visão. A equipe retorna, então, para a cidade de Sokovia, onde enfrenta sua derradeira batalha contra Ultron, que é derrotado a um preço muito alto, qual seja, a destruição total da cidade.²⁸

É inegável afirmar nesse singelo relato, que muitos são os questionamentos éticos que poderiam ser suscitados antes de serem tomadas decisões, assim como, as consequências futuras da falta dessas indagações. Nesse ínterim, temos como consequências dessa ausência de questionamentos bioéticos, a realização de pesquisas com seres humanos, pesquisas essas que levaram ao aprimoramento genético dos gêmeos, bem como dos personagens Capitão América e Hulk. Nessa senda, destaca-se que, assim como nas obras, já se passaram os tempos em que o aprimoramento genético não seria realizado devido à falta de condições científicas, motivo esse pelo qual, atualmente, “[...] têm-se impulsionado a realização pesquisa e o desenvolvimento de técnicas que permitem o enhancement, [...] a questão principal do debate, contudo, tem sido discutir se há algo de muito valioso no ser humano que o aprimoramento genético poderia destruir”²⁹ e não a sua não realização propriamente dita. Dessa forma, obser-

27 BENTO, Luiz Antonio; CALVO, Paulo Rafael Sanches. Quando a vida imita a arte: a bioética dos homens-máquinas. Revista Bioethikos, São Camilo, v.07, n.03, 2013, p. 315. Disponível em: <<https://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/105/1815.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

28 MARVEL. Avengers: Age of Ultron. 2015. Disponível em: <https://marvel.com/movies/movie/193/avengers_age_of_ultron>. Acesso em: 08 jul. 2017.

29 PONA, Éverton Willian; TESHIMA, Marcia. X-Men: da ficção à realidade? Posicionamentos de sentinelas bioconservadoras. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 52, n. 205, 2015, p. 191. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/rii/edicoes/52/205/rii_v52_n205_p189.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2017.

va-se que se questionamentos como esse houvessem sido realizados, diversos problemas teriam sido solucionados antes mesmo de ocorrerem, evitando, assim, o desfecho catastrófico da obra.

Outro problema bioético a ser levantado é a ausência de questionamento ético quanto ao desenvolvimento de uma inteligência artificial por parte dos personagens, o que acabou levando a uma guerra, na respectiva obra, que destruiu toda a cidade fictícia de Sokovia. Tal problema, no mundo real, sequer esta perto de acontecer, porém, as questões ausentes no filme assombam a mente de muitos cientistas e estudiosos, uma vez que, como será que uma inteligência artificial (I.A.) verá a nós, seres humanos, ou se estaríamos nós, espécie humana, a nos divinizar realizando tal desenvolvimento “na atualidade, nas áreas de biotecnologia e neurotecnologia, [...] o desenvolvimento de neuropróteses e as interfaces homem-máquina, levam ainda a mais questões. [...] como o que significa ser homem ou máquina [...] e se as máquinas são capazes de “pensar””³⁰.

No filme “Capitão América: Guerra Civil”, produzido pela Marvel Studios, por sua vez, o time – composto pelo Capitão América, Viúva Negra, Wanda Maximoff e Falção – impede o roubo de uma arma biológica, no entanto, uma explosão ocorre, vitimando diversas pessoas comuns. Após o referido acontecimento, o Secretário de Estado dos Estados Unidos da América, Thunderbolt Ross, comunica a equipe que, devido aos reiterados desastres³¹, a Organização das Nações Unidas regulamentou a função de heróis, através do Acordo de Sokovia, que estabelece que esses somente sejam chamados a agir quando essa realmente entender necessário. Tal decisão fragmentou a equipe em dois times – do Homem de Ferro, que apóia as decisões da Organização/Governo; e do Capitão América, que acredita não ser esse o melhor caminho a se seguir. Devido a essa divisão, uma batalha se desenrola deixando um dos heróis paralítico, o qual volta a andar, mas com o apoio de pernas exoesqueléticas.³²

Os problemas éticos ao entorno desse filme, assim como no anterior, são muitos, dentre os quais destacamos o fato de haverem sido desenvolvidas pernas exoesqueléticas ao personagem que ficou paralítico. Essas pernas, assim como a armadura do Homem de Ferro, são ligadas ao seu córtex cerebral por nanomáquinas neurotecnológicas. Contudo, os problemas aqui levantados, diferentemente dos levantados na obra fictícia anterior, são mais facilmente assimilados pela espécie humana, pois, na “área de neurotecnologia, principalmente neuropróteses e interfaces homem-máquina, “o melhoramento” tanto para restauração de movimentos e sensibilidade, como para os inúmeros benefícios que essa área pode trazer. É uma gradação exponencial de benefícios para a humanidade, sem medidas”³³.

Observa-se no presente filme, não propriamente dito um problema bioético, mas sim uma problemática relacionada ao biodireito,³⁴ qual seja, a proposta de realização de um acordo pela Organização das Nações Unidas que visava preservar a espécie humana como conhecemos, em relação às conseqüências dos atos praticados pelos heróis/pós-humanos, uma vez que as biotecnologias já haviam afetado não só o presente da humanidade, mas também o futuro. Destarte, o Acordo de Sokovia tratava sobre os heróis deixarem “[...] de operar livremente ou de maneira não regulamentada, passando a operar sob

30 BENTO, Luiz Antonio; CALVO, Paulo Rafael Sanches. Quando a vida imita a arte: a bioética dos homens-máquinas. Revista Bioethikos, São Camilo, v.07, n.03, 2013, p. 318. Disponível em: <<https://www.saocamillo-sp.br/pdf/bioethikos/105/1815.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

31 Destacam-se, nessa senda, alguns desses outros desastres como a destruição de uma parte da cidade de Nova York (Os Vingadores, 2012), a destruição de uma parte de Washington D.C. (Capitão América: O Soldado Invernal, 2014) e, igualmente, de Londres (Thor: O Mundo Sombrio, 2013), contudo, para uma maior imersão e compreensão da abrangência do respectivo Universo Cinematográfico, recomenda-se assistir a todos os outros filmes da Marvel Studios.

32 MARVEL. Captain America: Civil War. 2016. Disponível em: <https://marvel.com/movies/movie/219/captain_america_civil_war>. Acesso em: 08 jul. 2017.

33 BENTO, Luiz Antonio; CALVO, Paulo Rafael Sanches. Quando a vida imita a arte: a bioética dos homens-máquinas. Revista Bioethikos, São Camilo, v.07, n.03, 2013, p. 319. Disponível em: <<https://www.saocamillo-sp.br/pdf/bioethikos/105/1815.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

34 Para maiores esclarecimentos a respeito da Ética, Direito e Biodireito, recomenda-se a leitura de ROCHA, Leonel Severo; OLIVEIRA, Cheila A. A Bioética e o Biodireito como Acolamentos Estruturais entre a Ética e o Direito na Proteção da Vida Humana. In: Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 1, 2008.

as regras, decretos e governanças das Nações Unidas [...], atuando somente quando e se o grupo considerar adequado e/ou necessário”³⁵.

Desse modo, em que pese à proposta de regulamentação apresentada no filme e essa tenha sido amplamente aceita pela população mundial e também por determinados pós-humanos, alguns desses heróis não concordaram, pois esse acordo colidiria frontalmente, na forma em que foram dispostos, com princípios morais, o que acabou por deflagrar uma guerra civil entre os favoráveis à regulamentação e os contrários a essa. Tais problemas fictícios nos levam a muitos questionamentos, como já asseverado diversas vezes nesse capítulo. Todavia, o grande problema aqui presente é justamente o que não está presente nos filmes e que deveria servir de ensinamento para a espécie humana pós-moderna, qual seja, reflexões profundas antes da efetivação de aprimoramentos genéticos em relação à função da nova ética ou da ética do futuro no presente (?), questão essa que se pretende responder no próximo capítulo.

4 A ÉTICA DO FUTURO

Com o fluir do tempo, as normas de convivência, assim como os sistemas de educação, evoluíram de acordo com a maturidade adquirida por cada comunidade. O racionalismo, por exemplo, trouxe mais clareza quando o homem começou a buscar na natureza a causa dos fenômenos e, desse modo, a cada degrau subido do processo evolutivo do conhecimento humano, surgiram novos desafios a espécie humana que colocavam em questão noções como a de responsabilidade, liberdade, autonomia, igualdade e dignidade. No entanto, a noção de ética, diferentemente dessas outras noções, despontou como sendo uma ciência própria, a qual, para Hans Jonas, não trata da ação do humano sobre o não-humano, mas, sim:

2. A significação ética dizia respeito ao relacionamento direto de homem com homem, inclusive o de cada homem consigo mesmo; toda ética tradicional é antropocêntrica. 3. Para efeito de ação nessa esfera, a entidade homem e sua condição fundamental era considerada como constante quanto à sua essência, não sendo ela própria objeto da *techne* (arte) reconfiguradora.³⁶

Noutra senda, Barretto, ao explicar a ética em Kant, dispõe que está se encontra relacionada à moral, pois o homem não possui boa vontade sempre, e o dever é que irá permitir que se torne boa a vontade nos seres finitos. A boa vontade reside, portanto, no ato de cumprir o dever pelo respeito ao dever e a bondade incondicional se realiza quando se pratica o que é justo por se moralmente correto e independentemente de qualquer causa externa.³⁷ Os atos humanos, em Kant, poderiam assim, serem compreendidos sob duas premissas: os imperativos hipotéticos e os imperativos categóricos. O primeiro traduz as ações ditas boas para se atingir algum fim; já o segundo, trata das ações necessárias independentemente de qualquer fim. Essas ações, portanto, seriam boas em si mesmas.³⁸

Kant tem a lei moral como a única estabelecida pela consciência individual. Ela será o princípio determinante para a manifestação da autonomia e em respeito a essa lei moral que os homens se inter-relacionam. A lei moral é universal e vale para todos, pois o homem existe como um fim em si mesmo e não apenas como meio para uso arbitrário de vontades adversas, isto é, nas palavras de Barretto:

O homem não é, pois, um fim subjetivo para a ação, mas um fim objetivo, isto é, algo cuja existência

35 CINEPOP: 'Capitão América - Guerra Civil': Leia na íntegra o curioso Acordo de Sokovia. 2015. Disponível em: <<http://cinepop.com.br/capitao-america-guerra-civil-leia-na-integra-o-curioso-acordo-de-sokovia-108459>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

36 JONAS, Hans. O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Ed. Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 35.

37 BARRETTO, Vicente de Paulo. O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2013, p. 52.

38 Idem. p. 52-53.

é, em si mesma, um fim. Por isso Kant remete à existência de um princípio prático da razão que determina a vontade humana e que pressupõe que a natureza racional existe como fim em si. A submissão a esta lei ordena que cada homem jamais trate, a si mesmo ou aos outros, simplesmente como meios, remete a uma ligação sistemática de leis objetivas comuns, isto é, a um "reino dos fins", ou seja, a um estado no qual cada homem é um fim em si mesmo e somente nesse "reino", o homem é um ser livre, um ser autônomo, em cuja vontade reside toda obrigação e toda a autonomia.³⁹

Logo, é possível asseverar-se que devido a velocidade da evolução da tecnociência, mesmo que em níveis diferentes, podem-se alcançar campos como os abordados nas obras do Universo Cinematográfico da Marvel, ou seja, pode vir a revelar um novo agir humano que vai muito além do mundo natural, já impactado severamente por ações muitas vezes irreversíveis ou de difícil reparação. É por esses motivos se faz preciso uma maior prudência em relação às problemáticas abordadas nos filmes por parte da espécie humana contemporânea. É preciso prever os eventuais problemas e, se não se adequarem ao bem comum, evitar atitudes que as provoquem, colocando em pauta o agir humano e os frutos disso no tempo, bem como as possíveis sequelas para a o indivíduo e para a humanidade, e seus efeitos colaterais no Estado, na sociedade e no direito.

Hans Jonas doutrina, desse modo, que a espécie humana está diante de uma nova dimensão onde a técnica moderna introduzirá ações de ordem inédita e a moldura da ética antiga não conseguirá mais se enquadrar. Logo, a ética puramente antropológica e tradicional, não mais se adequa ao novo mundo das possibilidades infinitas e as antigas máximas da ética que guiavam os comportamentos e estavam cristalizadas no imaginário do inconsciente coletivo, mesmo que ainda pudessem ser válidas para o relacionamento com o próximo, perdem força diante da ação coletiva que as difere em causa e consequência deste plano próximo, o que poderá direcionar a ética a uma nova dimensão, um plano que nunca antes sequer fora sonhada, isto é, um nível de maiores responsabilidades.⁴⁰

O princípio da responsabilidade, dessa forma, vem fornecer bases éticas ao novo agir humano, abrangendo não apenas o homem mas o universo a sua volta e o espaço além da estratosfera. A responsabilidade vai mais longe, além do mundo natural e dialoga com a política, revê as utopias, busca a equidade e a dignidade, questiona a relação que existe entre pesquisa e poder, uma vez que todo o saber científico se encontra acumulado nas mãos de poucos que decidem o futuro de muitos. A ética é, portanto, de vital importância para a tecnociência. Seus fundamentos poderão alicerçar uma estabilidade harmônica responsável e uma convivência pacífica entre a ciência e a humanidade, que deverá se servir dos produtos da técnica para a sua evolução racional e consciente, em busca do progresso constante.

Nesse ínterim, a ficção científica entra na realidade como uma ferramenta de auxílio, pois ajuda o imponderável a se tornar real no imaginário e realça o temor ante o destino. Hans Jonas doutrina que a heurística do medo funciona como um auxílio na busca pelo bem, "[...] o que nós *não* queremos, sabemos muito antes do que aquilo que queremos. Por isso, para investigar o que realmente valorizamos, a filosofia da moral tem de consultar o nosso medo antes do nosso desejo"⁴¹.

Destarte, para se conceber tal princípio no ativo e complexo contemporâneo, é preciso pensar uma ética que responda aos efeitos dos atos humanos no porvir, de modo a contemplar os conceitos que se adequem à velocidade das transformações, prever o inexistente, pressupor situações hipotéticas e gerir o imponderável. Essas são, portanto, características dessa ética do futuro que, igualmente, precisa controlar com responsabilidade a garantia de permanência da raça humana, considerando o justo, o bom, o certo, o autêntico e o digno.⁴²

39 Idem., p. 54-55.

40 JONAS, Hans. O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Ed. Contraponto: PUC-Rio, 2006, p. 39.

41 Idem, p. 71.

42 Ibidem.

De acordo com Hans Jonas, faz parte dos desafios de uma ética do futuro, o dever de visualizar efeitos de longo prazo; mobilizar o sentimento que melhor se adequa às representações das possibilidades; avaliar a insegurança quanto às projeções futuras; e observar o conhecimento do que é possível ou o simples saber sobre as possibilidades.⁴³ Em outras palavras, trata de garantir um meio ambiente equilibrado às gerações vindouras, meta essa da ética do futuro. O agir humano não pode, portanto, colocar em risco os interesses coletivos, assim como o ocorrido nos filmes ora telados, que colocaram em risco não somente os personagens através de determinadas experiências científicas, mas também a essência do ser humano.

Respeitar o dever de existir dos descendentes é ter responsabilidade para com os atos do presente que, invariavelmente, afetariam sua plenitude em uma vida futura. A existência da humanidade é, portanto, o primeiro imperativo para a ética da responsabilidade com relação ao futuro e deve ser o mais importante dever coletivo devido ao forte potencial de destruição da civilização tecnológica. Hans Jonas, dessa forma, leciona ainda, quanto o plano baconiano que visa dominar a natureza através do saber, eximindo a racionalidade e retidões adequadas, o sucesso e os excessos que esse ideal acusaram como êxito econômico e o biológico, e também a imprevisibilidade real das dimensões do êxito. “A ameaça de catástrofe do ideal baconiano de dominação da natureza por meio da técnica reside, portanto, na magnitude de seu êxito”⁴⁴. Logo, pode ser contestado que, somente através da disciplina social extrema e politicamente imposta, é que se será capaz de rever as vantagens ou as falsas vantagens do agora em detrimento dos imperativos do futuro. Em outras letras, a compulsão em exercer o poderio sobre a natureza:

[...] é a perspectiva apocalíptica que se insere de forma previsível na dinâmica do atual curso da humanidade. Devemos compreender que estamos diante de uma dialética que só poderá ser enfrentada graças a uma escala em termos de poder, e não com uma renúncia quietista ao poder. A fórmula baconiana afirma que saber é poder. Mas o próprio programa baconiano no auge do triunfo, revela-se insuficiente, com a sua contradição intrínseca, ou seja, o descontrole sobre si mesmo, mostrando-o incapaz de proteger o homem de si mesmo, e a natureza, do homem.⁴⁵

A ética do futuro deve, dessa forma, pautar-se em ações humanas, prevenindo e analisando as ações conjuntamente, pois não existe mais espaço para o isolamento na sociedade pós-moderna, uma vez que o destino de toda a humanidade está intrinsecamente ligado não só às grandes atitudes, mas também aos pequenos atos individuais ou de grupos de indivíduos que, por atingir a todos, necessitam serem revistos dentro dos limites do âmbito particular de suas ações. E se isso não ocorrer, estaremos fadados a consequências e catástrofes como as vistas nas obras “Os Vingadores: Era de Ultron” e “Capitão América: Guerra Civil”, que ocorreram devido às atitudes tomadas individualmente ou, em alguns casos, por grupos de indivíduos sem a devida reflexão ético-moral.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se pretendeu despertar no leitor, com o presente artigo, o desejo por um novo tipo de conhecimento, isto é, um raciocínio lógico e crítico a respeito de um assunto ainda jovem no campo da Bioética e quase alheio à grande população. Para tanto, tendo em vista o fácil acesso à grande parcela da sociedade a indústria cinematográfica, se propôs trazer à tona a discussão de temas que cada dia se fazem mais impactantes na Bioética e que estão a envolver, igualmente, cada vez mais no cotidiano da espécie humana.

Nesse ínterim, foram constatadas algumas das problemáticas da (bio)ética nos filmes “Os Vingadores: Era de Ultron” e “Capitão América: Guerra Civil”, problemas como o *enhancement* da espécie humana, o desenvolvimento de inteligências artificiais e de exoesqueletos, os quais se mostraram, em cada cena

43 Idem, p. 72-74.

44 idem, p. 235.

45 JONAS, Hans. O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Ed. Contraponto: PUC-Rio, 2006, p. 236.

das obras, mais complexos e catastróficos, problemáticas essas que tal qual nos filmes vem se fazendo cada vez mais presente na sociedade fora do mundo imaginário. Tem-se, por conseguinte que a imaginação humana, muitas vezes crie tais obras de ficção, como formas de não apenas, sutilmente, antever tais questões de alta complexidade e propensas a catástrofes futuras à humanidade, mas também como meio de advertir a si mesma dos riscos que se encontra correndo.

As implicações da produção científica na contemporaneidade, tal qual nos filmes, deve depender de fundamentações éticas a fim de proteger o homem do próprio homem e dos descaminhos que o poder outrora possa vir a lhe causar. Sua responsabilidade deve, assim invadir os domínios do desconhecido quando se fala em problemáticas como as abordadas nos filmes do Universo Cinematográfico da Marvel, pois seus efeitos são imprevisíveis, em outras entonações o princípio da responsabilidade deve preservar a imagem e semelhança do humano e pensar no medo como um conselheiro possível, levando em conta a imagem positiva do homem ante sua negativa, a qual deriva de suas ações desastrosas no presente.

A ética do futuro, assim deve preencher os espaços que se permitirem serem completados, mesmo que moralmente. O homem necessita, rever a ética, pois se saber é poder, um saber negativo pode nos levar ao retrocesso da espécie humana, bem como a sua descontinuidade. Moral é éticamente falando, os perigos que a civilização do presente possa vir a enfrentar, os quais são muitos e podem se multiplicar exponencialmente, caso não busquemos antever suas conseqüências. Contudo, o maior perigo que podemos enfrentar, além da própria espécie humana, é a inviabilização do mundo como conhecemos para as presentes e futuras gerações, sejam elas humanas ou Pós-Humanas.

AGRADECIMENTOS

A Cláudia Lissandra Martins de Andrade, Advogada e Arte-educadora, os sinceros agradecimentos pela disponibilidade de conversar a respeito do emprego da 7ª Arte no presente artigo, conversas essas que se mostraram muito frutíferas, consoante pode-se observar nas considerações finais expostas.

REFERÊNCIAS

ANDORNO, Roberto. "Liberdade" e "Dignidade" da Pessoas: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Luwdwig (Orgs.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____; SUBTIL, Camargo Leonardo. Habermas, Direito e Eugenia. RECHTD – **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 02, n. 02, 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/298>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

BENTO, Luiz Antonio; CALVO, Paulo Rafael Sanches. Quando a vida imita a arte: a bioética dos homens-máquinas. **Revista Bioethikos**, São Camilo, v. 07, n. 03, 2013. Disponível em: <<https://www.saocamillo-sp.br/pdf/bioethikos/105/1815.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

BROSTOM, Nick. In defence of posthuman dignity. **Bioethics**, Oxford, v. 19, n. 03, 2005. Disponível em: <http://www.psy.vanderbilt.edu/courses/hon182/Posthuman_dignity_Bostrom.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2017.

CASADO, Maria. A vueltas sobre las relaciones entre la bioética y el derecho. **Revista Bioética**, Brasília, v. 19, n. 01, 2011. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361533255002>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

CINEPOP. 'Capitão América: Guerra Civil': Leia na íntegra o curioso Acordo de Sokovia. 2015. Disponível em: <<http://cinepop.com.br/capitao-america-guerra-civil-leia-na-integra-o-curioso-acordo-de-sokovia-108459>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

COELHO, Luiz Fernando. Clonagem reprodutiva e clonagem terapêutica: questões jurídicas. **Revista Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, v. 06, n. 16, 2002. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/438/619>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004.

HUMANITY+. Transhumanist FAQ. [S.d]. Disponível em: <<http://humanityplus.org/philosophy/transhumanist-faq/>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

LIMBERGER, Têmis. Cibertransparência: informação pública em rede e a cidade em tempos de globalização. In: STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, n. 12, 2016.

MARVEL. Avengers: Age of Ultron. 2015. Disponível em: <https://marvel.com/movies/movie/193/avengers_age_of_ultron>. Acesso em: 08 jul. 2017.

_____. **Captain America: Civil War**. 2016. Disponível em: <https://marvel.com/movies/movie/219/captain_america_civil_war>. Acesso em: 08 jul. 2017.

PESSINI, Leocir. Bioética e o desafio do transumanismo: ideologia ou utopia, ameaça ou esperança?. **Revista Bioética**, Brasília, v. 14, n. 02, 2006. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361533244002>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

PONA, Éverton Willian; TESHIMA, Marcia. X-Men: da ficção à realidade? Posicionamentos de sentinelas bioconservadoras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 52, n. 205, 2015. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p189.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2017.

ROCHA, Leonel Severo; OLIVEIRA, Cheila A. A Bioética e o Biodireito como Acoplamentos Estruturais entre a Ética e o Direito na Proteção da Vida Humana. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 1, 2008.

SCHUSTER, Diego Henrique. Sobre a Dignidade Humana como Qualificadora do Gênero Humano e Fonte de Legitimidade dos Direitos: uma Reflexão sobre o Movimento Transumanista e sua Influência sobre o Desenvolvimento Futuro da Humanidade. **Revista Brasileira de Direitos Humanos**, v. 16, 2016.

VILAÇA, Murilo Mariano; DIAS, Maria Clara Marques. Transumanismo e o futuro (pós-) humano. *Physis*. **Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 02, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v24n2/0103-7331-physis-24-02-00341.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

O QUE ESTAMOS PESQUISANDO



Sob a chancela do corpo docente da Unisul Campus Universitário da Grande Florianópolis, eis o resultado dos trabalhos monográficos indicados para publicação, meticulosamente revisados por professores orientadores, membros integrantes de banca e coordenadores de núcleo de monografia.

A IMPORTÂNCIA DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE

Acadêmica: Alana Felchilcher

Orientador: Sidney Eloy Dalabrida

Examinador 1: Élio de Amorim

Examinadora 2: Eliana Becker

E-mail: alanafelchilcher@hotmail.com

Resumo: A presente monografia tem como objetivo principal estudar a importância da aplicação do regime disciplinar diferenciado no combate ao crime organizado à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade. Edificada a partir do método dedutivo e por meio de pesquisa bibliográfica qualitativa, visa-se estudar os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, demonstrando sua importância e sua eficácia jurídica; expor o regime prisional comum, bem como o regime disciplinar diferenciado e demonstrar a importância deste no combate à criminalidade organizada, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade. Para tal verificação, a pesquisa recorre à doutrina pátria, através da qual percebe-se que, apesar de o regime disciplinar diferenciado restringir alguns direitos fundamentais conferidos aos presos, essa restrição é excepcional, atende às necessidades do contexto, bem como a dignidade da pessoa humana, pauta-se na proporcionalidade e garante à coletividade o desfrute dos seus direitos constitucionalmente conferidos, sendo, por isso, constitucional e de fundamental importância para o combate ao crime organizado.

Palavras-Chave: Regime disciplinar diferenciado. Crime organizado. Dignidade da pessoa humana. Proporcionalidade.

O REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS NAS ESTATAIS EM FUNÇÃO DA LEI 13.303/2016: UM ESTUDO DO REGULAMENTO DA ELETROBRAS

Acadêmica: Ana Lúcia Schweitzer

Orientadora: Patrícia de Oliveira França

Examinador 1: Henrique Barros Souto Maior Baião

Examinador 2: Júlio César Marcellino Júnior

E-mail: anaschweitzer@gmail.com

Resumo: A Lei 13.303/16 (Estatuto das Estatais) trouxe um novo regramento no campo das licitações e contratações dessas entidades, principalmente o art. 68 ao definir que os contratos celebrados na vigência da Lei seriam regulados pelos preceitos de direito privado, divergente do modelo anterior, sob o regramento da Lei 8.666/93, em que eram considerados contratos administrativos. Tal modificação cria grande impacto na relação jurídico-administrativa entre o contratante e o contratado, mais horizontal, pois na concepção privada não há que se falar em cláusulas exorbitantes, característica do poder público. O objetivo dessa monografia é verificar, por meio de pesquisa bibliográfica (doutrina, Lei 13.303/2016 e atos regulamentadores já editados), o regime jurídico dos contratos estatais a partir da Lei 13.303/16, apontando quais fundamentos de direito público ainda se aplicam e quais migraram para o direito privado, sendo o método de abordagem utilizado, quanto à natureza, qualitativo, e quanto ao pensamento, dedutivo. Concluiu-se que embora o Estatuto tenha por objetivo aproximar o contrato estatal do privado, o acordo decorrente da Lei 13.303/16 não é puramente civilista, mas assinalado por um regime híbrido, com pressupostos do direito privado, todavia, ainda com obrigações e benesses da Administração Pública. Da análise do Regulamento da Eletrobras e demais regulamentos utilizados para fim de estudo comparado, acentuou-se a ideia do hibridismo e até mesmo de um contrato administrativo diferenciado, havendo em alguns momentos falta de coerência por parte das Estatais ao dispor sobre direito público e/ou privado, provavelmente em função da cultura publicista existente e da imaturidade dessa mudança.

Palavras-Chave: Lei 13.303/2016. Hibridismo jurídico. Contratos. Estatais.

CRIMINAL COMPLIANCE NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO: MECANISMO DE PROTEÇÃO DA EMPRESA FRENTE AOS DELITOS TRIBUTÁRIOS PREVISTOS NA LEI Nº 8.137/1990

Acadêmica: Ana Paula Dallanora

Orientadora: Tania Maria Françosi Santhias

Examinadora: Giglione Edite Janela Maia

Examinadora: Patricia Castagna

E-mail: anapauladallanora@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho tem como escopo esmiuçar sobre o sistema *Criminal Compliance*, no âmbito do Direito Penal Tributário, e os benefícios que sua implementação trazem as empresas e aos empresários, tanto de cunho material, quanto de ordem imaterial. Não só por oferecer métodos de prevenção, que visam coibir a prática dos ilícitos previstos na Lei 8.137 de 27 de novembro de 1990, o que gera maior credibilidade à empresa no mercado e evita custos desnecessários com processos judiciais, mas por trazer a possibilidade de delegação do dever de vigilância, diante da definição de sob quem e quando recairá a responsabilidade criminal por esse dever. Isso porque, mesmo o ordenamento jurídico brasileiro tendo como um dos princípios basilares o da individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que garante a cada pessoa responder por crimes na medida de sua culpabilidade, devendo a dosimetria ser feita de forma individual para cada infrator, os tribunais brasileiros vem admitindo as chamadas denúncias genéricas, diante da complexidade que envolve a apuração do verdadeiro agente cometedor do ilícito, quando se trata de crimes societários, inclusive quando da apuração de práticas de crimes contra a ordem tributária praticados por particulares, previstos na Lei nº 8.137/1990. Isso aliado ao fato de é adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro a tradicional teoria do delito, que prevê, dentre outros requisitos, a necessidade de potencial consciência humana da ilicitude, o que impossibilita a imputação diretamente aos entes jurídicos, mas que não obsta a aplicação de sanções penais aos agentes que constam no contrato social da empresa. Tal possibilidade que vem permitindo que os tribunais brasileiros imputem sanções de cunho penal aos empresários, sob o argumento de que a eles incumbe a administração e fiscalização dos atos de seus subordinados. Ou seja, o dever de zelar e vigiar os atos desses. Assim, com a implantação do *Criminal Compliance* e seus mecanismos de antecipação, bem como o nascimento das figuras *Chief Compliance Officer* e *dos Whistleblowers*, fica mais fácil evitar os delitos previstos na Lei nº 8.137/1990 ou, nos piores casos, apurar quem foram os verdadeiros responsáveis pelo cometimento dos delitos, evitando condenações desnecessárias e injustas a aqueles que agiram dentro dos ditames legais.

Palavras-chave: Criminal. Compliance. Benefícios. Prevenção. Vigilância.

A PAZ PERPÉTUA KANTIANA NO SÉCULO XXI

Acadêmico: Anderson de Souza Rosa

Orientador: João Batista da Silva

Examinador: Alexandre Botelho

Examinadora: Priscila Azambuja Tagliari

E-mail: andersonsrosa94@gmail.com

Resumo: A presente pesquisa tem como principal objetivo verificar a possibilidade de aplicação da paz perpétua apresentada por Immanuel Kant no primeiro quartel do século XXI. Para tanto, utiliza-se do método de procedimento monográfico para chegar à resposta do questionamento. Primeiramente foram apresentadas as origens da guerra e da paz e suas consequências nas relações internacionais, para então, apresentar a teoria kantiana de paz perpétua que tem como objetivo pôr fim ou minimizar drasticamente o uso da guerra nas relações interestatais. E por fim, esta teoria fora contraposta com as atitudes e pensamentos correntes a fim de saber a possibilidade de sua aplicabilidade no período proposto. Ao fim, a conclusão alcançada com a presente pesquisa é de que não é possível a aplicação da paz perpétua devido à resistência ainda existente entre os Estados em ceder sua soberania para a criação de uma Federação de Estados, bem como, do sentimento nacionalista ainda presente entre seus cidadãos.

Palavras-chave: Guerra e Paz. Paz Perpétua Kantiana. Federação de Estados.

AMICUS CURIAE: NOVA MODALIDADE DE INTERVENÇÃO DE TERCEIRO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Acadêmica: Andressa Paula Mucelin

Orientador: Guilherme de Almeida Bossle

Examinador 1: Hernani Luiz Sobierajski

Examinador 2: Hercílio E. Lentz

Email: andressapmucelin@gmail.com

Resumo O tema deste Trabalho de Conclusão de Curso versa sobre o amigo da corte, sua origem e atuação efetiva no Supremo Tribunal Federal em Ações de Controle de Constitucionalidade; discorre sobre as alterações advindas com o novo Código de Processo Civil de 2015; bem como os requisitos para atuar nesta condição. O objetivo do trabalho é ressaltar sua imprescindibilidade e, pois, disponibilizar informações acerca deste à sociedade, afim de abertamente motivá-la a integrar o processo pelo instituto do *amicus curiae* quando lhe competir; além de revelar o interesse que o amigo da corte possa ter, mesmo não se beneficiando da decisão processual propriamente dita. Ao desenvolver este estudo, concluiu-se que, mesmo não integrando qualquer dos polos da relação jurídica processual, o instituto é capaz de defender seu entendimento técnico e científico, esclarecendo dúvidas de sua competência ao magistrado, por desconhecimento técnico do Poder Judiciário na matéria controvertida em litígio.

Palavras-Chave: Amigo da Corte. Supremo Tribunal Federal. Controle de Constitucionalidade. Código de Processo Civil de 2015. Intervenção de Terceiros no Processo. Procedimento da Intervenção.

SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO: PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL E JURISDIÇÃO

Acadêmica: Andressa Pimenta Tomazini

Orientador: Sidney Eloy Dalabrida

Examinador 1: Elio de Amorim

Examinador 2: Eliana Becker

E-mail: dessaptomazini@gmail.com

Resumo: O presente trabalho monográfico traz, como objeto de estudo, a tutela jurisdicional, tendo em vista a tamanha importância que possui dentro de um Estado Democrático de Direito, e qual o grau de vinculação que esta possui com a pretensão punitiva estatal, em uma Ação Penal, dentro de um Sistema Processual Penal Acusatório, como o Espanhol. Assim, nesse sentido e contexto, o objetivo principal desta pesquisa é mostrar qual o limite da tutela jurisdicional, quando ocorre a mudança da pretensão condenatória, ou seja, quando o requerimento ministerial for absolutório. Para tanto, utilizou-se o pensamento indutivo, pois a partir de categorias específicas (sistema processual acusatório, pretensão punitiva e limite da tutela jurisdicional), mostrar-se-á o limite decisional, em face da alteração da pretensão punitiva, dentro de um Sistema Processual Acusatório. A natureza da pesquisa é qualitativa, e o método procedimental é monográfico, englobando a pesquisa bibliográfica com base na doutrina, obras clássicas, legislação, periódicos e artigos científicos. Conclui-se que o limite decisional consiste no interesse público estatal exercido e manifestado pelo Ministério Público, de modo que, ao optar pelo requerimento absolutório, não existe mais a pretensão condenatória, devendo ser prolatada, pelo magistrado, uma sentença penal absolutória.

Palavras-Chave: Sistema processual penal acusatório. Pretensão punitiva. Limite da tutela jurisdicional.

PROGRAMAS DE COMPLIANCE E A SUA IMPORTÂNCIA PARA AS EMPRESAS NO BRASIL

Acadêmica: Cristiana Melillo Bittencourt

Orientador: Henrique Barros Souto Major Baião

Examinador 1: Hernani Luiz Sobierajski

Examinador 2: Hercílio E. Lentz

E-mail: cristianamelillo@gmail.com

Resumo: Este trabalho tem por objetivo geral verificar a importância da adoção dos programas de *compliance* para as empresas no Brasil. Para cumprir com esse objetivo, realiza-se uma pesquisa com o método de abordagem dedutivo, de natureza qualitativa, com o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental. As principais descobertas realizadas por esta monografia são: que as convenções internacionais anticorrupção ratificadas pelo Brasil influenciaram a tipificação da Lei anticorrupção brasileira; que o FCPA e o UK *Bribery Act* influenciaram na promoção do *compliance* no Brasil; que o *compliance* ganhou relevância no Brasil a partir da sua previsão na Lei anticorrupção brasileira; e que a legislação anticorrupção brasileira incentiva a adoção de programas de *compliance* realmente eficazes. Conclui-se que a importância da adoção dos programas de *compliance* para as empresas no Brasil se verifica principalmente na possibilidade de redução dos riscos legais e reputacionais das pessoas físicas e jurídicas; na remediação dos prejuízos caso se identifique alguma irregularidade; e o transbordamento dos comportamentos derivados da política de *compliance* da esfera da empresa para a esfera social, beneficiando a empresa, seus empregados e a sociedade como um todo.

Palavras-Chave: *Compliance*. Lei anticorrupção. Programas de integridade.

MEIO AMBIENTE DE TRABALHO SAUDÁVEL: O BANIMENTO DO AMIANTO CRISOTILA (ASBESTO BRANCO) NO BRASIL E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR POR ACIDENTE DE TRABALHO

Acadêmica: Gabriela Thomas Coutinho

Orientador: Elvis Daniel Müller

Examinador 1: Carlos Alberto Crispim

Examinador 2: Rafael de Miranda Santos

Email: gabi.tmsc@gmail.com

Resumo: A exposição do trabalhador a substâncias altamente cancerígenas tem se demonstrado um desafio mundial. Segundo dados da Organização Mundial da Saúde, estima-se que 125 milhões de trabalhadores em todo o mundo estão expostos ao amianto em seus locais de trabalho. Diante dos altos índices de doenças e mortes relacionadas ao composto, muito países já proibiram o seu uso. No Brasil, percebe-se uma verdadeira inércia estatal quanto ao assunto. Apesar de ser signatário da Convenção n. 162/OIT, que trata da substituição gradativa do amianto, as medidas assumidas não foram concretizadas. Levando o judiciário a posicionar-se a respeito. De outro norte, também inertes quanto aos malefícios do amianto, os empregadores continuam a expor seus empregados nas linhas de produção, visando, tão somente, os lucros provenientes desse composto polivalente e de baixo custo. Diante deste contexto, a pesquisadora busca, em seu trabalho, verificar o banimento do amianto crisotila (asbesto branco) no Brasil e a Responsabilidade Civil do empregador por acidente de trabalho. Utilizando o procedimento monográfico, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, a pesquisadora apresenta e conceitua os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção do trabalhador, e ainda, o meio ambiente de trabalho. Da mesma forma, identifica a reponsabilidade civil do empregador em caso de acidente de trabalho e a divergência doutrinária acerca do tema. Ao fim da pesquisa, apesar da decisão pelo banimento do amianto crisotila no Brasil ser recente e ainda estar com seus efeitos suspensos, a pesquisadora verificou que há fundamentos plausíveis para a declaração da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 9.055/95 (Lei do Amianto), bem como identificou que a responsabilidade do empregador por acidente de trabalho, segundo corrente majoritária, ainda é subjetiva, dependendo da comprovação da culpa.

Palavras-Chave: Meio ambiente de trabalho. Banimento do amianto. Responsabilidade civil do empregador.

O ALCANCE DA NORMA CONTIDA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 932 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Acadêmico: Glauber William Duarte

Orientadora: Sâmia Mônica Fortunato.

Examinadora: Patrícia de Oliveira França.

Examinador: Leonardo Martins Fornari.

E-mail: glaubewilliamduarte@gmail.com

Resumo: O objetivo do presente trabalho é identificar o alcance da norma contida no parágrafo único do art. 932 do Código de Processo Civil no que tange ao juízo de admissibilidade dos recursos cíveis, uma vez que tal norma, por si só, não delimita o seu alcance quanto à sanabilidade de vícios nos pressupostos de admissibilidade recursal. Após o estudo da norma em questão, ou seja, de seu contexto e de seu conteúdo, à luz dos conceitos primordiais do direito processual civil, bem como da principio-logia que rege este como um tudo e a própria atividade recursal, a conclusão foi no sentido de, diante dos princípios da primazia do julgamento do mérito e da cooperação, do qual se extraem os deveres de consulta e prevenção, que a norma alcança todos os vícios capazes de tornar um recurso inadmissível, devendo a análise da sanabilidade dos pressupostos ser feita no caso concreto, após a oitiva da parte recorrente, oitiva esta que é direito subjetivo de quem recorre. Para tanto, utilizou-se como método de abordagem o pensamento dedutivo e como método de procedimento o monográfico, tendo como técnica de pesquisa a bibliográfica, com base em doutrina, legislação, jurisprudência e artigos científicos.

Palavras-chave: Juízo de admissibilidade. Dever de prevenção. Primazia do mérito.

A PRODUÇÃO DE NULIDADE EM VIRTUDE DO USO INJUSTIFICADO DE ALGEMAS NO PLENÁRIO DO JÚRI

Acadêmico: Hernani Oliveira Costa

Orientadora: Cristiane Goulart Cherem.

Examinadora: Virgínia Lopes Rosa.

Examinador: Joel Irineu Lohn.

E-mail: hernaniocosta@gmail.com

Resumo: O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo geral abordar temáticas relacionadas ao tribunal do júri, tendo como enfoque principal verificar quais posicionamentos e parâmetros têm sido adotados pelos tribunais superiores a respeito do uso de algemas nas sessões de julgamento perante o Conselho de Sentença. Foram diversas as alterações sofridas pelo tribunal do júri desde sua incorporação ao sistema judiciário brasileiro, tendo surgido, neste ínterim, a discussão acerca da influência do uso de algemas na percepção dos jurados leigos, assunto que gera divergência doutrinária. Dessa forma, fez-se necessária discussão a respeito da temática, verificando-se as hipóteses excepcionais em que o uso de algemas é permitido quando o acusado se encontra ocupando o “banco dos réus”. O marco teórico foca quatro temas que se considerou fundamentais para a sustentação da pesquisa: o tribunal do júri, a origem, os princípios e a legalidade do uso de algemas. Desta forma, para esta pesquisa, o método de abordagem utilizado é o dedutivo, sendo procedimento monográfico de natureza qualitativa, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. Princípios. Uso de algemas.

O CARÁTER TRANSITÓRIO DOS ALIMENTOS DEVIDOS AO EX-CÔNJUGE/COMPANHEIRO E OS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA EXONERAÇÃO

Acadêmica: Júlia Gevaerd de Oliveira Ramos

Orientadora: Gisele Rodrigues Martins Goedert

Examinador 1: Luciana Fáisca Nahas

Examinadora 2: Priscila de Azambuja Tagliari

E-mail: juliagevaerd@gmail.com

Resumo: Este trabalho, o qual utilizou-se do método dedutivo para sua consecução, pretende suscitar as particularidades conferidas aos alimentos devidos entre ex-cônjuges e ex-companheiros, ressaltando-se, em especial, o caráter transitório que lhes foi atribuído ao longo dos últimos anos pelo ordenamento jurídico pátrio. Em um primeiro momento, realizou-se um estudo acerca da evolução das entidades familiares e suas novas diretrizes, embasadas no afeto, na independência dos consortes e na igualdade dos gêneros. Logo em sequência, discorreu-se no segundo capítulo acerca do instituto dos alimentos, suas hipóteses de prestação, características e espécies, tendo-se desaguado na categoria dos alimentos transitórios, de conceituação elementar para a construção da pesquisa. Consagrado pelos tribunais e doutrinadores, os alimentos assim denominados transitórios têm sua duração restrita por lapso temporal certo ou condição futura exoneratória, ambos determinados por magistrado competente. Ao aprofundar-se na aplicação da categoria pelos tribunais pátrios, notou-se no último capítulo do trabalho que o judiciário vem fundamentando a aplicação da espécie nas obrigações alimentares entre ex-cônjuges e companheiros, geralmente, na evolução da igualdade dos gêneros. Explanam, que caberia a ambos do ex-casal buscarem sua independência financeira após o término da relação havida, não sendo mais aceitável a imputação de obrigação vitalícia a um dos ex-consortes quando o outro detenha condições próprias de subsistência. Por fim, verificou-se que a implementação de termos e condições previamente estipuladas em juízo para o término da obrigação refletiu nas ações de exoneração dos encargos alimentares transitórios, tendo se dedicado espaço no trabalho sobre tais consequências. Ante a recorrência da utilização do instituto pelo poder judiciário em sua atuação e a concomitante inexistência de legislação sobre o assunto, demonstrou-se relevante a pesquisa sobre o tema. Percebe-se, pois, um movimento em prol da emancipação dos consortes após o término de suas relações, enquanto próprio reflexo da evolução das entidades familiares, parecendo adequado o posicionamento das cortes brasileiras acerca da aplicação da transitoriedade nas situações citadas, desde que sempre criteriosamente avaliados os casos concretos vindos à sua baila.

Palavras-Chave: Família. Pensão Alimentícia. Alimentos transitórios. Exoneração.

A (IM)POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS COMO SUJEITOS DE DIREITO

Acadêmica: Luciana Aparecida Schossler

Orientador: Jeferson Puel

Examinador 1: Wânio Wiggers

Examinador 2: Eliana Becker

e-mail: lucianaas@tjsc.jus.br

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo verificar a (im)possibilidade de reconhecimento, pelo ordenamento jurídico brasileiro, dos animais não humanos como sujeitos de direito. Utiliza-se, para isso, o método dedutivo, de procedimento histórico e monográfico, com resposta ao problema da pesquisa de natureza qualitativa e técnica de pesquisa bibliográfica. Para uma melhor contextualização do tema, aborda-se o histórico da exploração animal, as premissas do especismo, o nascimento do movimento pelos direitos dos animais e seus princípios norteadores. Apresenta-se a relação dos animais (humanos e não humanos) com a Natureza e a proteção dos não humanos no ordenamento jurídico brasileiro, nos âmbitos constitucional e ambiental. Explora-se o impacto ambiental gerado pela criação de animais para alimentação, a qual gera sofrimento não só aos não humanos, mas também às pessoas envolvidas nessa prática, especialmente no que diz respeito à saúde do trabalhador da indústria de abate. Apontam-se os conceitos de sujeito e objeto de direito e, na sequência, o *status* de coisa/propriedade conferido aos não humanos pela norma civilista. Mostram-se algumas mudanças legislativas realizadas por outros países no que concerne ao reconhecimento de direitos aos não humanos. Por fim, analisam-se decisões judiciais acerca do assunto. Conclui-se que, embora não haja o reconhecimento dos não humanos como sujeitos de direito em norma positivada no âmbito nacional, há projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que visam dar a eles um novo *status* jurídico, bem como julgados que reconhecem os animais como seres sencientes e dignos de consideração moral, com o interesse jurídico de, ao menos, não sofrer.

Palavras-Chave: Direito dos Animais. Sujeito de direito. Senciência.

AS CONTROVÉRSIAS JURÍDICAS SOBRE A REVOGAÇÃO DOS ARTS. 322 E 350, DO CÓDIGO PENAL, PELA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

Acadêmico: Luiz Felipe Deschamps Westphal

Orientadora: Patrícia Ribeiro Mombach

Examinador 1: Wânio Wiggers

Examinador 2: Jeferson Puel

E-mail: lipedw@hotmail.com

Resumo: Utilizando-se do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento monográfico, este trabalho tem como objetivo geral apresentar as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a revogação dos arts. 322 e 350, ambos do vigente Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, notoriamente conhecido como Código Penal, pela Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, denominada como Lei de Abuso de Autoridade. O primeiro dispositivo mencionado daquela legislação trata do crime de violência arbitrária, enquanto que o segundo se refere ao delito de exercício arbitrário ou abuso de poder. Diante da abrangência de condutas previstas nesta norma, existem diferentes argumentações sobre a sua revogação. Alguns sustentam que houve a sua revogação total, outros acreditam que ela foi parcial, e ainda perduram aqueles que entendem que ele não foi revogado. Demonstra-se que a edição da lei especial em comento gerou diversas dúvidas sobre a aplicabilidade daqueles dois artigos e ainda não há um consenso entre os doutrinadores e os aplicadores do direito sobre terem eles sido revogados ou não. Através das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental é possível perceber que o art. 322, do Código Penal, não foi revogado, ao contrário do art. 350, do mesmo diploma legal, que foi revogado inteiramente pela Lei de Abuso de Autoridade.

Palavras-Chave: Abuso de autoridade. Violência arbitrária. Exercício arbitrário ou abuso de poder. Revogação. Controvérsias jurídicas.

MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES: ANÁLISE DO PERFIL DOS USUÁRIOS DO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA UNISUL

Acadêmico: Luiz Guilherme Buchmann Figueiredo

Orientadora: Profa. Gisele Rodrigues Martins Goedert.

Examinador: Prof. Joel Irineu Lohn.

Examinadora: Prof. Denis de Souza Luiz.

E-mail: guilherme.buchmann@gmail.com

Resumo: Neste trabalho foi realizada uma análise da mediação como meio de resolução de conflitos familiares, considerando aspectos legais, jurisprudenciais e doutrinários. Foi também realizada uma pesquisa empírica com o objetivo de traçar o perfil dos usuários do Núcleo de Prática Jurídica da UNISUL Unidade Pedra Branca. Partindo da formulação do problema da pesquisa, fez-se os seguintes questionamentos: Quais princípios são resguardados às famílias brasileiras por intermédio da Constituição de 1988 e da legislação ordinária? Como proporcionar acesso à Justiça de forma eficiente para atender aos conflitos familiares? Qual o perfil do público atendido no escritório do Núcleo de Práticas Jurídicas da UNISUL? E ainda, como se dá a percepção do papel do mediador em uma audiência de mediação sob a percepção dos usuários da solução pacífica de conflitos? Nesse contexto, se efetuou uma análise legal e doutrinária sobre o Direito das Famílias, dos métodos alternativos para a solução de conflitos, da utilização da mediação como prática de resolução pacífica de conflitos familiares e por fim, foi efetuado um estudo prático através de um questionário aplicado a uma amostra de 45 usuários de uma população de 90 indivíduos, do serviço de mediação Extrajudicial do NPJ da UNISUL, durante o ano de 2016 e primeiro semestre de 2017, para verificar o perfil dos mediados e a visão das partes em relação ao papel do mediador extrajudicial. Ao término do estudo, concluiu-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), por ser principiológica, garantiu uma série de direitos às famílias por priorizar o afeto e não mais apenas o interesse patrimonial do casamento; que Mediação é o método de acesso à Justiça mais indicado para a solução de conflitos familiares; e que os usuários da Mediação do NPJ são na sua maioria adultos jovens de até 35 anos, que buscam o serviço por questões financeiras (economia) e pela agilidade na solução dos conflitos. O principal conflito existente é o relacionado a dissolução de matrimônios e uniões estáveis, e ainda concluiu-se que, quase a totalidade das mediações resultaram em acordos satisfatórios, e que os usuários percebem o mediador como alguém que irá auxiliar na composição do acordo, prestando informações e dizimando dúvidas.

Palavras-chave: Mediação. Solução de Conflitos. Direito das Famílias.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NO ACIDENTE DE TRABALHO

Acadêmica: Manoela Platen

Orientador: Gilmar Cavalieri

Examinador 1: Elvis Daniel Muller

Examinador 2: Carina Milioli Corrêa

E-mail: manaelaplaten@yahoo.com.br

Resumo: O presente trabalho de conclusão de curso aborda o acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador. Com posicionamentos distintos, considerando doutrina e jurisprudência, para avaliar a responsabilidade civil do empregador nos casos de acidente de trabalho. Observando para este estudo a aplicação da responsabilidade objetiva, prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, ainda, a responsabilidade subjetiva prevista no artigo 7º, inciso XXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Atualmente, com a chamada Reforma Trabalhista, Lei 13.467/2017, em relação ao dano extrapatrimonial, em que se discute a possibilidade da aplicação quando da ocorrência de um acidente no ambiente de trabalho e reparação dos danos decorrentes do infortúnio. A presente pesquisa, aborda as duas teorias de responsabilidade, bem como aplicação no âmbito do Direito do Trabalho.

Palavras-Chave: Acidente de trabalho. Responsabilidade civil. Risco.

A RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO DO ATLETA PROFISSIONAL BRASILEIRO POR DOPING FRENTE ÀS POLÍTICAS DO CÓDIGO MUNDIAL ANTIDOPING (CMAD), DA WORLD ANTIDOPING AGENCY (WADA) E DAS FEDERAÇÕES INTERNACIONAIS

Acadêmico: Mauro Henrique Vaterkemper Fernandes

Orientador: Prof. Leonardo Martins Fornari, Esp.

Examinadora: Prof. Carolina de Aragão Santana, Esp.

Examinador: Prof. Denis de Souza Luiz, Esp.

E-mail: mauro_wf@hotmail.com

Resumo: Estamos na era dos superatletas que superam os limites do próprio corpo diariamente. Assim, para esses atletas, um centésimo de segundo, um ponto ou um gol representa muito mais que um detalhe, representa um possível contrato extraordinário. Esse é um dos motivos que fazem os atletas a se submeterem a todo tipo de esforço para poderem entrar e continuar nas mídias e, assim garantir o retorno financeiro para o clube e para si mesmo. Por isso, qualquer substância que consiga explorar o máximo do atleta é utilizada, e com isso, o doping virou um fenômeno mundial. Entretanto, apesar de não ser uma prática nova, apenas na atualidade vem recebendo maior destaque e chamando atenção dos mecanismos nacionais e internacionais que lutam por um esporte justo. Nesse contexto foi criada em 1999 a *World Anti-Doping Agency* (WADA), que é uma organização independente criada por iniciativa coletiva liderada pelo Comitê Olímpico Internacional (COI), e aconteceu a Terceira Conferência Internacional de Ministros e Altos Responsáveis pela Educação Física e Esporte (MINEPS III), em Punta del Este, Uruguai, em dezembro do mesmo ano. Na mesma linha, no ano de 2004, o Código Mundial Antidoping (CMAD) foi implementado por organizações esportivas a partir dos Jogos Olímpicos de Atenas, padronizando as regras que governam o antidoping em todos os esportes em todos os países. Em 2005, como resposta aos apelos da comunidade internacional, a *United Nations Educational Scientific and Cultural Organization* (UNESCO) aliou-se a esta luta, adotando a Convenção realizada em Punta del Este e assim colaborou para assegurar a eficácia do WADA. Em relação a metodologia, trata-se de pesquisa de natureza qualitativa, realizada por meio de método de abordagem de pensamento dedutivo. O método de procedimento é monográfico, realizado por meio de técnica bibliográfica. Conclui-se que no Direito Desportivo a rescisão de contrato do atleta profissional por doping, é regida pela legislação nacional e submetida às normas internacionais, inclusive responsabilizando o staff em casos nos quais os atletas sofrem submissão por parte dos que responde hierarquicamente, desde que comprovado.

Palavras-chave: Atleta profissional. Doping. Rescisão de contrato de trabalho.

A APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Acadêmico: Rafael Ibraim Garcia Marques

Orientadora: Carina Milioli Corrêa

Examinador 1: Elvis Daniel Muller

Examinador 2: Gilmar Cavalieri

E-mail: ibraim.gm@gmail.com

Resumo: O objetivo deste trabalho de conclusão de curso é verificar a constitucionalidade da aplicação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no âmbito dos juizados especiais cíveis, bem como identificar os problemas práticos da aplicação do instituto nos juizados. Inicialmente, será feita uma contextualização dos juizados especiais, passando por seu histórico, seus princípios fundamentais e seu sistema recursal. Em seguida, serão abordados alguns dos principais institutos estrangeiros usados para o controle de demandas coletivas, como a Group Litigation Order e o Musterverfahren para, em seguida, expor o IRDR em si, apontando suas principais características e descrevendo brevemente seu procedimento. Na sequência, serão demonstrados alguns dos principais problemas do novo instituto, tanto os intimamente relacionados à constitucionalidade do instituto quanto os diretamente relacionados com a aplicação dele à realidade dos juizados especiais, concluindo, por fim, que embora o IRDR tenha o condão de contribuir positivamente para a resolução mais eficiente das demandas de massa, sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro – e, particularmente, sua aplicação aos juizados especiais – traz à luz uma série de questionamentos que demonstram a falta de amadurecimento quanto à elaboração do instituto. A metodologia utilizada para o desenvolvimento deste trabalho é a dedutiva, utilizando o método monográfico quanto ao procedimento. Em relação às técnicas de pesquisa, foram utilizadas as técnicas bibliográfica e documental, com base na doutrina, na legislação e na jurisprudência.

Palavras-Chave: Juizado especial. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Demandas coletivas.

A REGULAMENTAÇÃO DO ARTIGO 68 DO ADCT COMO RECONHECIMENTO DE UM ESTADO PLURIÉTNICO

Acadêmica: Simone Rolim de Moura

Orientador: João Batista da Silva

Examinador 1: Solange Buchele de S.Thiago

Examinador 2: Andréia Catine Cosme

E-mail: srolimdemoura@gmail.com

Resumo: O presente trabalho de conclusão de curso versa sobre o direito disposto no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – o reconhecimento dos remanescentes das comunidades dos quilombos e o direito de propriedade às suas terras. Para tanto, busca-se discutir o procedimento de reconhecimento dos remanescentes das comunidades dos quilombos rurais pelo Estado em nível federal, refletindo sobre as implicações do título coletivo e pró-indiviso concedido pelo Poder Público e asseverando a República Federativa do Brasil enquanto um Estado Democrático de Direito pluriétnico. No intuito de alcançar esse objetivo, utiliza-se como método de abordagem o pensamento dedutivo e de natureza qualitativa, viabilizado por meio do método do procedimento monográfico e das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental – com base em doutrinas, livros do campo da antropologia, artigos científicos, jurisprudências, dissertações de mestrado, teses de doutorado e nas regulamentações do artigo 68 do ADCT em nível federal. Parte-se da apresentação dos conceitos histórico e antropológico de quilombo, a fim de discutir as regulamentações em nível federal do direito fundamental contido no artigo 68 do ADCT e asseverar as implicações da titulação das terras aos remanescentes das comunidades dos quilombos. Conclui-se que o acesso à terra a esses remanescentes é norma que exemplifica o Brasil como Estado Democrático de Direito pluriétnico de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil – requerendo titulação diferenciada da hegemônica e construção de políticas públicas específicas pelo Estado, com o intuito de reconhecer a diversidade cultural brasileira e o respeito a essa pluriétnicidade.

Palavras-Chave: Quilombo. Direitos Culturais. Estado Democrático de Direito pluriétnico.

O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS NO ESTADO DE SANTA CATARINA (2013-2018)

Acadêmica: Suele de Souza Rosa

Orientador: Alexandre Botelho

Examinador: Paulo Calgaro de Carvalho

Examinadora: Patrícia de Oliveira França

E-mail: suelesouzarosa@gmail.com

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo descrever o procedimento relativo ao controle concentrado de constitucionalidade das leis municipais no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e classificar as leis municipais arguidas inconstitucionais na corte catarinense de acordo com o seu conteúdo, no período de 2013 a 2018. Para tanto, a pesquisa utiliza dos métodos de procedimentos monográfico e estatístico, uma vez que se pretende verificar qualitativamente as espécies de leis municipais constitucionalmente contestadas no Estado de Santa Catarina. Para chegar à resposta do questionamento, primeiramente é apresentada a teoria acerca do controle de constitucionalidade e suas particularidades, objetivando verificar o procedimento do controle de constitucionalidade das leis municipais. Por fim, irá classificar e identificar as espécies de leis municipais contestadas no Estado de Santa Catarina quanto ao seu conteúdo no período de 2013 a 2018. A conclusão alcançada com a presente pesquisa revela uma preocupante ausência de conhecimento jurídico por parte dos legisladores municipais diante do elevado número de ações que foram julgadas inconstitucionais pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Palavras-chave: Controle concentrado de constitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade. Leis municipais.

DIRETRIZES PARA AUTORES



Diretrizes para Autores

A Comissão Editorial da **Unisol de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina** define as seguintes normas editoriais para submissão de artigos:

- a) Serão aceitos manuscritos tão somente de profissionais da área do Direito e das Relações Internacionais, sendo indispensável a inclusão do link do curriculum lattes;
- b) Serão aceitos textos nas línguas portuguesa, inglesa, francesa, espanhola e italiana;
- c) Os artigos deverão ser apresentados de acordo com as orientações descritas na NBR 6022 da ABNT/2003. Disponíveis também no documento *Trabalhos Acadêmicos da Unisol*, seção 3.4:

MACHADO, Christiane et al. *Trabalhos Acadêmicos na Unisol: apresentação gráfica*. Disponível em: <http://aplicacoes.unisol.br/pergamum/pdf/tau_2012.pdf>. Acesso em: 27 set. 2012.

- d) Os textos deverão ser submetidos na plataforma SEER.
- e) Os textos deverão ser apresentados na seguinte forma:
 - » espaçamento entrelinhas 1,5, fonte tipo Arial 12, com margens laterais de 2,5cm e com, no máximo, 20 laudas e nos formatos .doc. ou .rtf. (desde que não ultrapasse os 2MB);
 - » ordem dos elementos que compõem o artigo: Título, Resumo, Palavras-chaves (estes três tópicos em português e em segundo idioma a escolher- inglês, espanhol, francês, italiano); Introdução; Material e métodos; Resultados e discussão; Conclusões; Referências.
 - » Eventuais agradecimentos devem aparecer após as referências.
 - » O título de cada seção deve estar escrito em letras maiúsculas e destacado em negrito.
- f) A identificação de autoria do trabalho deverá ser removida do arquivo e da opção Propriedades no Word, garantindo desta forma o critério de sigilo da revista, caso submetido para avaliação por pares (ex.: artigos), conforme instruções disponíveis em *Assegurando a Avaliação Cega por Pares*.
- g) O título do artigo deverá ser claro e conciso, devendo facilitar pronta identificação do que o trabalho encerra de original ou fundamental, escrito em letras maiúsculas.
- h) O autor deverá informar ao Comitê Editorial se o trabalho foi apresentado em algum evento ou publicado em outro meio ou em fase de análise por outros periódicos no espaço destinado a "Comentário ao Editor" no momento da submissão na plataforma SEER.
- i) O resumo deverá constar com até 250 palavras em seguida separadas por três espaços abaixo deverão ser colocadas as palavras-chaves.
- j) As citações no texto, bem como a lista de referências deverão obedecer as NBR 10520 e NBR 6023 respectivamente ou as orientações da publicação da Unisol: MACHADO, Christiane et al. *Trabalhos Acadêmicos na Unisol: apresentação gráfica*. Disponível em: <http://aplicacoes.unisol.br/pergamum/pdf/tau_2012.pdf>. Acesso em: 27 set. 2012.
- k) As ilustrações, tabelas, fórmulas e gráficos deverão vir na sequência mais adequada ao entendimento do texto, com seus respectivos títulos ou legendas. As figuras deverão ter o tamanho igual ao que se deseja na publicação final. Letras e números deverão ser perfeitamente legíveis e as fotografias deverão ser em preto e branco, nítidas e bem contrastadas. No texto, TABELA e FIGURA (em maiúsculas), e na citação, Tabela, Figura (primeira letra maiúscula).

- l) A aceitação dos trabalhos dependerá de análise do Conselho Editorial.
- m) São de exclusiva responsabilidade dos autores as opiniões e conceitos emitidos nos trabalhos. A Revista, entretanto, reserva-se o direito de adaptar os originais ao estilo adotado.
- n) Todos os endereços de páginas na Internet (URLs), incluídas no texto (Ex.: <http://www.unisul.br>) deverão estar ativos e prontos para clicar.

Declaração de Direito Autoral

Ao encaminhar os originais, o(s) autor(es) cede(m) os direitos de publicação para a Revista, versão impressa e/ou eletrônica.

Política de Privacidade

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou para terceiros.

Condições para submissão

Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar a conformidade da submissão em relação a todos os itens listados a seguir. As submissões que não estiverem de acordo com as normas serão devolvidas aos autores.

- 1) A contribuição é original e inédita, e não está sendo avaliada para publicação por outra revista; caso contrário, deve-se justificar em “Comentários ao Editor”.
- 2) O espaçamento entrelinhas 1,5, fonte tipo Arial 12, com margens laterais de 2,5cm e com, no máximo, 20 laudas e nos formatos .doc. ou .rtf. (desde que não ultrapasse os 2MB);
- 3) URLs para as referências foram informadas quando necessário.
- 4) O texto segue os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em Diretrizes para Autores, na seção Sobre a Revista.
- 5) A identificação de autoria do trabalho foi removida do arquivo e da opção Propriedades no Word, garantindo desta forma o critério de sigilo da revista, caso submetido para avaliação por pares (ex.: artigos), conforme instruções disponíveis em Assegurando a Avaliação Cega por Pares.

Política de Privacidade

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

Endereço

defato.dedireito@unisul.br

NESTE NÚMERO

Direitos Humanos: de fato e de direito uma jornada de 70 anos

A violência de gênero constitui uma forma de violação dos direitos humanos

Alice Bianchini

As três vertentes do sistema penitenciário: uma análise criminológica, social e carcerária

Andréia Catine Cosme; Karem Raimondi Martins

A defesa dos Direitos Humanos através do ativismo judicial transnacional: ações engajadas e participativas

Daniela Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori; Marlise da Rosa Luz

A realidade do sistema socioeducativo e a redução da maioridade penal sob a ótica dos direitos fundamentais

Jonathan Cardoso Régis

La fragilidad de los derechos

José Calvo González

Da transversão política do jurídico ao flagelo do estado democrático de direito: a incontinente deseficacização dos valores constitucionais, no apogeu dos 70 anos da declaração universal dos direitos humanos

José Eduardo de Miranda; Andréa Corrêa Lima

A doação de órgãos depois do Decreto nº 9.175/2017

Júlio Moraes Oliveira

Direitos Humanos e fundamentais na fronteira entre direito e economia: a eficiência das políticas públicas de saúde no Brasil

Marco Aurélio Souza da Silva

Dia do Orgulho LGBTI: dia de festa e de luta!

Maria Berenice Dias

Condenações na Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA: uma fotografia da violação dos direitos humanos na América Latina

Milene Pacheco Kindermann

Direitos Humanos no imaginário artístico de Clarice Lispector: o pássaro da liberdade

Miriam Coutinho de Faria Alves

Projeto de Lei nº 3734/2012 e Súmula 605 do STJ: o direito da criança e do adolescente esquecido

Patrícia Rodrigues de Menezes Castagna

As facetas do neoliberalismo e suas consequências na socioeducação de adolescentes em conflito com a lei no sudeste brasileiro

Tatiana Emmerich

Direito: de sustentabilidade jurídica e sistêmica

Reputação digital no facebook, sustentabilidade empresarial e o consumidor

Adriano Augusto Fidalgo

O papel do advogado na negociação na sociedade contemporânea

Biela Jr.; Gláucia Guisso Fernandes

Como acercar el proceso contencioso administrativo laboral a los fundamentos de la nueva Ley Procesal del Trabajo

Omar Toledo Toribio

Os problemas bioéticos em os vingadores: reflexões sobre o pós-humanismo e a ética do futuro

Pedro Ernesto Neubarth Jung