

Organizadores

Lauro Gurgel de Brito

Jailson Alves Nogueira

Inessa da Mota Linhares Vasconcelos

Humberto Henrique Costa Fernandes do Rêgo

Temas de Direito Público



Uini bi licet repellere

Temas de Direito Público

REALIZAÇÃO:



Temas de Direito Público

REVISÃO

Lauro Gurgel de Brito
Jailson Alves Nogueira
Inessa da Mota Linhares Vasconcelos
Humberto Henrique Costa Fernandes do Rêgo

CAPA E ARTE

Luiz Eduardo Costa Firmino
Kenofe Tauã Santos Bezerra

DIAGRAMAÇÃO

Amanda Veríssimo da Silva

“Temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito de ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”.

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

**Reitor**

Pedro Fernandes Ribeiro Neto

Vice-Reitor

Fátima Raquel Rosado Moraes

Diretora de Sistema Integrado de Bibliotecas

Jocelânia Marinho Maia de Oliveira

Chefe da Editora Universitária – EDUERN

Anairam de Medeiros e Silva

Conselho Editorial das Edições UERN

Emanoel Márcio Nunes

Isabela Pinheiro Cavalcante Lima

Diego Nathan do Nascimento Souza

Jean Henrique Costa

José Cezinaldo Rocha Bessa

José Elesbão de Almeida

Ellany Gurgel Cosme do Nascimento

Ivanaldo Oliveira dos Santos Filho

Wellington Vieira Mendes

**Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

Temas de direito público/

Lauro Gurgel de Brito, Jailson Alves Nogueira, Inessa da Mota Linhares Vasconcelos, Humberto Henrique Costa Fernandes do Rego (Orgs.) – Mossoró – RN: EDUERN, 2019.

246p.

ISBN: 978-85-7621-253-9

1. Direito. 2. Direito Público. 3. Direito Público Brasileiro. I. Brito, Lauro Gurgel de. II. Nogueira, Jailson Alves. III. Vasconcelos, Inessa da Mota Linhares. IV. Rego, Humberto Henrique Costa Fernandes do. V. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. VI. Título.

UERN/BC

CDD 341

Bibliotecário: Petronio Pereira Diniz Junior CRB 15 / 782

SUMÁRIO

Apresentação	6
Capítulo 1: A contribuição da nomeação de advogado “ad hoc” para o encarceramento da população negra Francisca Amanda Lima Pires, Victoria Bica de Freitas e Bruna Barbosa Landim de Carvalho	8
Capítulo 2: Crianças no cárcere: uma solução inviável adotada no Brasil Isac Bruno Oliveira de Carvalho e Nara Livia Carlos de Castro Pinheiro	26
Capítulo 3: Políticas públicas de redução de danos como alternativa à criminalização das drogas: uma avaliação de eficiência Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade	40
Capítulo 4: Corrupção ideológica dos valores e princípios da justiça restaurativa pelas facções criminosas Jailson Alves Nogueira e Lauro Gurgel de Brito	66
Capítulo 5: Direito à busca pela felicidade: perspectiva constitucional João Batista D. de Medeiros Neto, Lucas Lima Silva e Sara Adna dos Santos Bessa	92
Capítulo 6: Ensino da constituição federal nas escolas brasileiras: uma capacitação para o pleno exercício da cidadania Francisco Edson de Medeiros Silva, José Augusto Lima da Silva e Leandro Rogério Nunes Mendes	110
Capítulo 7: O direito e a literatura: uma análise acerca dos direitos fundamentais no contexto do conto negrinha de Monteiro Lobato Dione Célida do Nascimento	124
Capítulo 8: Produção legislativa exacerbada como um dos elementos para o ativismo judicial e uma dificuldade para o direito Victor Rodrigues Bezerra Pontes	139
Capítulo 9: Transporte como direito social: da constitucionalização simbólica ao transconstitucionalismo Lauro Gurgel de Brito e Jailson Alves Nogueira	156
Capítulo 10: Dignidade da pessoa humana e a igualdade substancial Humberto Henrique Costa Fernandes do Rêgo	184
Capítulo 11: Majoração da requisição de pequeno valor como alternativa à morosidade da prestação jurisdicional: efeitos da lei estadual nº 10.166/2017 na 2ª vara da fazenda pública da comarca de Mossoró-RN para os credores maiores de 60 anos Hildegênia Thaisa Ferreira de Mendonça e Inessa da Mota Linhares Vasconcelos	210
Capítulo 12: Educação e responsabilidade civil do estado ante o novo regime fiscal Ionara Maressa Macedo da Rocha e Rosimeiry Florêncio de Queiroz Rodrigues	230

APRESENTAÇÃO

O surgimento das universidades, a partir do ano 1150, com a fundação da universidade de Bolonha, possibilitou a construção de um monumental edifício do conhecimento, notadamente pela disseminação do pensamento crítico, que acabaria por ser o ponto de fusão para as grandes transformações sociais no curso dos acontecimentos.

Foi o conhecimento científico, produzido pelas universidades, que permitiu, v.g., o aperfeiçoamento da razão e, por conseguinte, a libertação da sociedade do misticismo excessivo de outrora, que por milênios reduziu o conhecimento dos fenômenos do universo ao que havia sido escrito nos livros sagrados.

Os gregos antigos já alertavam para a necessidade do conhecimento crítico, como instrumento de compreensão tanto dos acontecimentos naturais, quanto dos sociais. Por isso, separavam a gnose vulgar, da científica. Ao primeiro, sentenciava Platão, cabia a mera opinião, a cognição adquirida pela simples observação do espaço em sua volta, no que ele chamou de doxa. Já o segundo, buscava identificar a realidade das coisas, ou seja, identifica o valor do conhecimento por via de um juízo crítico, que o gênio platônico denominou de episteme.

Giordano Bruno faz análise semelhante ao vaticinar que o olhar intelectual seria o único capaz de dimensionar o infinito, ou seja, compreender a razão das coisas que não estão visíveis ao simples sentido. Assim, a visão do intelecto era capaz de ultrapassar o horizonte próximo, campo de alcance do olho biológico. Essa análise de Bruno identifica o conhecimento crítico como o chafariz da verdade científica.

O espírito acadêmico encontra na episteme de Platão ou no olhar intelectual de Giordano Bruno sua essência, sua plântula existencial, sua base de verdade.

Nesse sentido, a Constituição Federal (1988) estabeleceu, por via de seu artigo 207, que as universidades “obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”, estabelecendo, assim, os fundamentos da educação superior em território nacional.

A lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei nº 9.394/96, a

quem coube regular a educação no Brasil, estabeleceu, em seu artigo 43, as finalidades da educação superior no país, realçando, no inciso III, que cabe as IES “incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive”.

A Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, cumprindo sua complexa missão acadêmica, constituída a partir da coalizão de vetores históricos, científicos, jurídicos e sociais, lança a presente obra, produzida por docentes e discentes do curso, com o objetivo de apresentar o resultado dos estudos e pesquisas desenvolvidos no âmbito da faculdade.

O livro encontra-se estruturado em 12 (doze) capítulos, tratando de temas variados e contemporâneos do direito, todos escritos a partir de reflexões de professores e alunos durante as preleções semanais, adensando, à dogmática, a análise crítica sobre a ciência jurídica.

A concretização desse desafio é mais um passo na consolidação da tri-dimensão do conhecimento crítico na Faculdade de Direito da UERN, tornando realidade o ensino, a extensão e a pesquisa, ao tempo em que se constitui no fio-de-ariadne na formação científica da comunidade jurídica póstera.

Os organizadores

1

A contribuição da nomeação de advogado “ad hoc” para o encarceramento da população negra

Francisca Amanda Lima Pires¹

Victoria Bica de Freitas²

Bruna Barbosa Landim de Carvalho³

Resumo:

O presente trabalho tem como objetivo analisar a inconstitucionalidade da nomeação de advogado “*ad hoc*” e a forma como este instituto contribui para que os indivíduos mais desfavorecidos socialmente não tenham acesso a uma defesa plena no trâmite de uma ação penal. Isso corrobora para que o Sistema de Justiça não participe ativamente no processo de solução dos problemas ligados à criminalidade, e sim para que ele sirva de modelo inquisitorial para a população negra. Diante disso, faz-se necessária uma reflexão crítica acerca desse instituto, pois o direito à ampla defesa é um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Em princípio, o objetivo da pesquisa foi analisar se a nomeação do advogado de exceção contribui para a efetivação do direito à ampla defesa. Em seguida, procuramos verificar a forma como esta defesa con-

1 Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Contato: amandaliima22@gmail.com

2 Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Contato: victoriabica5@gmail.com

3 Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Contato: brunabarbosalandim@gmail.com

tribui para inflação da população carcerária composta em sua maioria por negros e pobres. O método aplicado para a produção do trabalho foi o documental, bem como bibliográfico e estatístico, baseando-se em uma pesquisa quali/quantitativa. Nosso aporte teórico se conduzirá em autores, tais como: Gilmar Mendes, Wlamyra de Albuquerque, Júlio Jacobo *Waiselfisz*, Gilberto Maringoni, entre outros. A partir da análise feita sobre a influência da defesa “*ad hoc*” para o inflamento da população carcerária, chegamos à conclusão de que esta tem contribuição direta para o encarceramento da população negra, visto que, os indivíduos mais vulneráveis são compostos em sua maioria por negros e estes, devido à sua carência econômica, não tem oportunizada a contratação de um advogado.

Palavras Chave: Ad Hoc, Encarceramento, População Negra.

Abstract:

This work aims to analyze the unconstitutionality of the appointment of lawyer “ad hoc” and how this Institute contributes to socially disadvantaged individuals don’t have access to a full defense in the process of a criminal action. Corroborating so that the justice system does not participate actively in the process of solving the problems linked to the crime, for which he serves as inquisitorial model for the black population. Given this, it is necessary a critical reflection about this Institute, because the right to ample defense is one of the pillars of the democratic State of law. In principle, the objective of the research was to examine whether the appointment of Attorney effective exception the right to ample defense in your fullness. Then, we try to verify how this defence contributes to inflation of the prison population made up in your black and poor majority. The method applied for the production of the work was the documentary, as well as statistical and bibliographic, based on a qualitative research/quantitative. Our theoretical contribution if it will result in authors, such as Gilmar Mendes, Wlamyra de Albuquerque, Júlio Jacobo *Waiselfisz*, Gilberto Maringoni, among others. From the analysis on the influence of the “ad hoc” Defense for the inflation of the general population, we have come to the conclusion that this has direct contribution to the incarceration of the black population, the most vulnerable individuals are made in your black majority and these, due to

your economic shortages, to obtain access to justice, are assisted by the public defender's Office which makes this kind of Defense.

Keywords: Ad Hoc. Black Population. Incarceration.

INTRODUÇÃO

De acordo com a garantia do devido processo legal, todo ser humano tem o direito a uma defesa honesta, que garanta a ele todos os meios para que não seja punido injustamente, partindo do princípio do direito penal mínimo. Entretanto, é importante frisar que a demanda judiciária é elevada e uma das formas encontradas para suprir tal demanda foi encontrada na defesa "*ad hoc*", a qual, na tentativa de garantir o maior número de atendimentos processuais, consiste em nomear uma defesa de exceção para o ato, substituindo o advogado de origem, por motivos como o não comparecimento à audiência ou a falta de execução de atos que são essenciais ao processo.

Visto isso, é importante lembrar que além da ampla defesa, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, caput, afirma a igualdade de todos perante a lei, o presente artigo discute acerca da inconstitucionalidade do advogado "*ad hoc*", o qual consiste na nomeação do advogado de exceção para alguns atos do processo, e no vínculo desse instituto com o encarceramento em massa da população negra.

Desse modo, partindo de dados estatísticos e qualitativos, é possível que se faça uma ligação direta entre o instituto "*ad hoc*" e o número elevado de negros que estão encarcerados?

O objetivo central do trabalho busca analisar se a nomeação do advogado de exceção, de fato, garante de maneira eficaz o direito à ampla defesa e ao princípio da isonomia. Posteriormente, procuramos verificar de que modo esse instituto contribui para a clausura em massa da população negra, visto que, essa é a menos favorecida no âmbito econômico e social, sendo a que mais busca a defensoria pública, por conseguinte, sendo a mais atingida pelo instituto "*ad hoc*".

A pesquisa tem o cunho quali/quantitativo, executado por meio de estudos documentais, bibliográficos e estatísticos, que visam, em sua maioria, compreender a realidade da população negra e comparar a rea-

lidade material com a realidade formal, prevista na Constituição.

O aporte teórico utilizado foi o que versa sobre a temática constitucional (Gilmar Mendes), racial (Wlamyra de Albuquerque), sociológica (Júlio Jacobo *Waiselfisz*), entre outros autores que dialogam com temática.

No primeiro momento, abordaremos acerca da importância de uma defesa materialmente eficaz na relação tríade processual, junto com a defesa da inconstitucionalidade do advogado “*ad hoc*”. Logo após, iremos tratar do encarceramento em massa da população negra, em seu aspecto estrutural e quantitativo, e de como, especificamente, essas pessoas são as mais prejudicadas pelo sistema de defesa estudado.

INCONSTITUCIONALIDADE DA DEFESA “AD HOC”

Historicamente, delimitou-se que o processo teria três figuras indispensáveis, e que sem uma delas, haveria uma afronta crassa à regulação da justiça e à perpetuação das garantias do indivíduo de, por exemplo, ser responsabilizado criminal ou civilmente através de atos que não o garantissem paridade das partes ou um processo justo.

Esta “trindade”, pois, é uma garantia constitucional que em muito representa à sociedade, pois foi conquistada após períodos sombrios. Tendo como exemplo a Idade Média, onde o *ius puniendi* era uma prerrogativa particular do Rei e de seus vassallos, as penas aplicadas eram legitimadas através dos critérios de moralidade adotados autocraticamente, e embasados também em místicas da Igreja Católica, época na qual muito inocentes morreram sem possibilidade de contraditório e defesa, garantias mínimas processuais que, na época, tornavam-se garantias mínimas existenciais.

Neste sentido, vê-se a importância da existência de um juiz natural ao processo, ou seja, que foi pré-constituído nos autos para que possa julgá-lo imparcialmente dispondo de todos os meios e atos processuais para tanto. O artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil em seu inciso XXXVII é enfático ao trazer que não haverá juízo ou tribunal de exceção, sendo tanto um princípio norteador da aplicação e interpretação dos diplomas legais, quanto um direito fundamental individual e coletivo, possuindo eficácia *erga omnes*.

O referido artigo traz também como garantia que ninguém será processado nem sentenciado por autoridade que não seja competente para tanto, ou, ainda que por autoridade competente, não poderá ser despojado de sua liberdade ou de seus bens sem que seja observado um processo legal devido, ou seja, sem a forma estabelecida pela ordem jurídica. Estes mandamentos constitucionais possuem um âmbito de proteção alargado, exigindo uma postura de respeito não somente daqueles que fazem parte da relação processual ou que atuem diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, abrangendo todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas como essenciais à justiça (MENDES, 2017).

Todas estas disposições constitucionais têm o condão de evitar arbítrios do Estado, no exercício do seu direito de punir, bem como das pessoas que o representam, durante a persecução penal.

Sendo um princípio constitucional implícito que decorre do princípio do juiz natural, tem-se a figura do promotor natural, que por ser importante à proteção dos interesses difusos e coletivos, goza de autonomia e independência equiparável, tendo o exercício da ação penal nos casos mais relevantes e custosos ao Estado. E, por isso, viu-se a necessidade de ser concretizada esta proteção em sujeitos dotados de independência, ou seja, que não estejam sob cautela de outro órgão na assunção de atribuições, que deverão ser claras e conhecidas. Além disso, em uma tentativa de ser garantida maior transparência e proteção, tanto ao Estado quanto ao jurisdicionado, vedou-se a indicação de acusador para atuar em casos específicos. Tal estipulação se vê expressa na Carta Constitucional em seu artigo 129 Parágrafo 2º e 3º, onde as funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, e seu ingresso far-se-á mediante concurso de provas e títulos, garantindo a isonomia e impessoalidade nas admissões.

Diante exposto, resta a figura do defensor em relação à tríade processual. Sendo elementar a esta, o defensor é o que garante ao demandado em um processo judicial que este terá andamento devido, e que terá consigo uma ampla defesa. Sem a sua presença, o processo é nulo de pleno direito, pois não há justiça sem a possibilidade de contraditório. Para esta garantia, o constituinte versa no art. 133 que o advogado é indispensável à administração da justiça, e que este, nos limites legais, possui inviolabilidade em relação aos seus atos e manifestações no exer-

cício da sua profissão.

Traz, ainda, que a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV e do Art. 134 da Constituição Federal. Diante dessas normas, é assegurada a garantia da plenitude da defesa, pois esta tem a finalidade de garantir que haja um julgamento justo, e não arbitrário.

Tal premissa também se encontra em diplomas internacionais aos quais o Brasil é signatário, como é o caso do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas, que em seu artigo 14, garante que toda pessoa acusada de um delito terá direito a diversas garantias individuais e processuais mínimas, dentre elas a de apresentar-se em julgamento e a defender-se pessoalmente ou ser assistida por um defensor de sua escolha; a de ser informada, se não tiver defensor, do direito que lhe assiste a tê-lo e, sempre que o interesse da justiça o exija, a que seja nomeado um defensor oficioso, gratuitamente, se não carecer de meios suficientes para remunerá-lo (n. 3, “d”).

Nesse diapasão, dispõe também a Convenção Americana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos em seu art. 8º, § 2º, “d” e “e” que é direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor. Assim como é direito irrenunciável o de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei.

Entretanto, apesar de determinações exaustivas, ao contrário do ocorrido em relação à vedação de promotores e juizes de exceção, a Carta Constitucional não proíbe a possibilidade de nomeação de advogado de exceção ou comumente chamado “*ad hoc*”, que em tradução *ipsis literis* significa “para o ato”, sendo uma figura amplamente aceita perante os Tribunais Superiores. Este advogado é designado pelo juízo com a incumbência de prestar defesa quando o defensor constituído pelo acusado deixa de auspicia-lo, seja faltando uma audiência, seja praticando um ato que não seria de sua incumbência.

Nesse sentido, visa-se a concretização do princípio do devido processo legal. Entretanto, este princípio divide-se em dois outros, que

se verifica no seu viés formal, e no princípio da plena defesa. No caso da nomeação de advogado “*ad hoc*”, o princípio só é posto em prática pelo seu viés formal, pois que é a garantia de todos processarem e serem processados mediante normas estabelecidas previamente para tanto, ficando o acusado carente de uma defesa materialmente e concretamente efetiva, que seria a defesa plena.

Desse modo, o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo, essa manifestação há de ser proveitosa e competente, sendo vértice de um contraditório fundamentado e apto a promover debate. Pois, sem uma defesa eficaz resta prejudicada a efetiva tutela judicial, principalmente se esta é requerida em um processo da seara criminal, que pelo princípio da fragmentariedade, protege tão somente valores imprescindíveis para a sociedade.

É prejudicada pelo motivo de ser árdua a defesa em um processo pelo qual não há conhecimento do teor dos autos, e sem maior endentação com as partes da demanda.

Dito isto, é inequívoco o desequilíbrio processual, pois existirão as figuras naturais do juiz e do promotor, que foram pré-constituídas e possuem total segurança na matéria narrada, ao passo que a defesa será mal exercida, por ter suas prerrogativas limitadas, agindo somente *pro forma*. Ou seja, quando se fere o princípio do devido processo legal na sua concepção dita “material” (da defesa plena) também há o comprometimento do princípio da paridade de armas, situação extremamente gravosa ao acusado. Sendo uma afronta às disposições constitucionais que são taxativas em relação ao devido processo legal ao acusado e o seu direito de defesa.

Face ao exposto, torna-se demonstrado que não somente o direito a um juiz e promotor natural é necessário para uma efetiva concretização do direito à ampla defesa, como também o direito a um defensor natural. Visto que, não há o que se falar em objetivação de um processo justo quando não se tem profissionais entranhados nos casos, ou seja, quando estes foram incluídos de modo a não ter um real conhecimento dos autos e das partes.

Havendo, dessa forma, apenas a concretização formal do direito à ampla defesa, caracterizando, de toda forma, a inconstitucionalidade da nomeação do advogado “*ad hoc*”, em se tratando do art. 5º, parágrafo LIV (princípio do devido processo legal), como também uma afronta

direta ao mandamento que traz a incumbência da Defensoria Pública de cumprir a função jurisdicional do Estado, ofertando orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, aos necessitados (art. 134).

ENCARCERAMENTO DA POPULAÇÃO NEGRA

Considerando que os institutos processuais não existem em si mesmos, verticalizando os seus reflexos mediata ou imediatamente no mundo fático, é imperativo que seja feita uma análise crítica de que modo e até que ponto a nomeação do advogado “*ad hoc*” tem a contribuir para as problemáticas sociais enfrentadas pelo Brasil, problema este considerado por muitos sociólogos o mais latente atualmente, que é a situação do negro encarcerado e todo o macro sistema que serve de invólucro a este fenômeno.

Como sendo o último país a abolir a escravidão, o Brasil, até hoje, conta com os efeitos nefastos desta, e um deles é a sua organização sob a égide do mito da Democracia Racial, com ideia ilusória que por se tratar de um povo miscigenado, todos os indivíduos atuariam sob bases iguais de representatividade e que ocupariam também de forma igual os espaços sociais. Contudo, de acordo com a historiadora Wlamyra de Albuquerque, em seu livro: O jogo da dissimulação – Abolição e Cidadania Negra no Brasil (2009), o racismo no Brasil tem diferença, pois, além de se pautar por práticas e intenções dissimuladas, busca silenciar sobre a questão racial ao passo que a politiza. No contexto da América latina, e principalmente no Brasil, o racismo é um grande engodo para a instituição de relações sociais igualitárias, apresentando-se sob forma estrutural, de modo que não há instituição que fique fora de um *modus operandi* de perpetuação da opressão à população negra.

Levando a cabo todo esse arcabouço histórico e a considerada ideia de igualdade que precisava ser substancialmente difundida, a Constituição do Brasil afirma em seu artigo 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. Posteriormente, vem editar uma lei para tratar dos crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, que é a Lei 7.716 de 5 de Janeiro de 1989, com o objetivo de alcançar de forma específica o

mandamento constitucional no que diz respeito à sua clarificação quanto a conceitos e penalidades.

Em se tratando de legislação internacional ao qual o Brasil se submete, há a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial da Organização das Nações Unidas. Convenção esta em que os países membros convencidos de que a existência de barreiras raciais repugna os ideais de qualquer sociedade humana, se comprometem a adotar todas as medidas necessárias para eliminar rapidamente esse tipo de discriminação em todas as suas formas, prevenindo e combatendo doutrinas e práticas racistas.

Entretanto, apesar de todos os avanços obtidos, como a presença de diplomas legais tratando exclusivamente da matéria, a discriminação racial ainda não foi superada, manifestando-se desde o imaginário da população até nas grandes instituições que dividem o poder, no próprio sistema de repressão estatal, e suas facetas, como o discurso criminológico atual e a dinâmica da política criminal.

E tal assertiva é de fácil compreensão com a breve análise de alguns dados a seguir apresentados:

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio, divulgada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), em 2015, os negros e pardos representavam 54% da população brasileira, mas sua participação no grupo dos 10% mais pobres era muito maior: 75%. O que nos infere é que, apesar de a população negra ser mais volumosa, essas pessoas não possuem representatividade no mercado formal de trabalho. Segundo os dados apresentados pelo IBGE, em 2016, mesmo compondo 54% da população brasileira em idade de trabalhar, os negros somavam 62,6% dos desocupados. Além disso, a participação em trabalhos formais da população branca era de 68,6%, onde a população preta ou parda aparece com 54,6%. Entretanto, se tratando de trabalhos sem Carteira de Trabalho e Previdência Social assinada, a população preta ou parda aparece com maior índice 21,8%, em comparação com a população branca 14,7%. A consequência direta de tais índices é que, por não terem participação ativa e em massa no mercado de trabalho, estas pessoas são relegadas a uma categoria de indivíduos que são invisibilizados socialmente e mercadologicamente.

A justificação para isso se dá no fato de, após a Abolição da escravatura em maio de 1888, a população negra antes escravizada foi posta

à própria sorte, sem uma política de transição para o regime de trabalho livre. Do contrário, para ocupar os postos de trabalho que sofreram redução em seus quadros, foram trazidas ao Brasil mão de obra Europeia. O trabalho informal e o subemprego desde aquela época têm como maioria a população negra.

Nesse sentido, foi criada uma dinâmica da não participação dessas pessoas nos grandes centros urbanos, pois foram marginalizados inclusive geograficamente, dificultando sua participação em projetos sociais, culturais, educacionais e de lazer, já que essas atividades, em suma maioria, se concentram onde a população negra não tem acesso. Todos esses aspectos contribuíram para que fossem criados grandes nichos habitacionais nas grandes cidades, o maior deles são as favelas. Outro aspecto deste fenômeno é a inviabilização da representatividade destas pessoas nas casas de poder e de participação política.

De acordo com o Mapa do Encarceramento (2015), quanto mais cresce a população prisional no país, mais cresce a proporção de negros encarcerados, inferindo que tanto o encarceramento como as mortes violentas no país são focalizadas na população jovem e negra. Essas constatações denunciam uma seletividade etária e racial da política criminal no país. Nesse sentido, em números absolutos, em 2005 havia 92.052 negros presos e 62.569 brancos; considerando-se a parcela da população carcerária para a qual havia informação sobre cor disponível, 58,4% era negra. Já em 2012 havia 292.242 negros presos e 175.536 brancos, ou seja, 60,8% da população prisional era negra.

De acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, a cada 100 vítimas de homicídio, 71 são pessoas negras. Com fenômeno do hiper encarceramento da população negra, somado ao fato de serem a parte da população que mais morre anualmente, tem-se que o povo negro brasileiro não é somente morto fisicamente por conta de relações interpessoais, ou repressão policial, acontece outro tipo de morte, que é a simbólica, em que a subjetividade da pessoa é negada, pois quando alguém adentra o sistema prisional, dificilmente será possível reconstituir sua dignidade de modo pleno.

Quanto às prisões que são efetivadas, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (2017), o Brasil é o terceiro colocado no ranking mundial de países que mais prendem. E essas prisões, em sua maioria são sob medida provisória. Ou seja, boa parte da popu-

lação carcerária, atentando-se ao fato de que 40% é negra, não teve sua prisão sob vistas de uma autoridade judicial mediante sentença transitada em julgado. Por conseguinte, pode-se constatar que o Sistema de Justiça não tutela esses indivíduos de forma adequada, pois que não possuem seus casos atentamente analisados por outra autoridade, além da policial, sendo uma afronta direta às garantias constitucionais supracitadas.

Se a análise transcende o parâmetro étnico, é possível constatar que, ainda segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (2017), os tipos penais que mais levam as pessoas ao encarceramento são os crimes de roubo e furto, somando 37% e tráfico de drogas 28%. Diante disso, é admissível interligar o percentual de crimes que mais prendem com as suas formas de combate. No caso do tráfico de drogas a principal política usada para seu confronto é feita de maneira repressiva, carecendo o Brasil de vislumbrar as drogas como problema de saúde pública, de forma a implementar políticas públicas efetivas voltadas para esta área, bem como para a área da educação e de assistência social com objetivo à conscientização populacional.

Além do mais, após o tráfico de drogas, podemos perceber que o Código Penal em si, bem como a consequente repressão policial estão mais voltados à proteção de mercadorias, do que mesmo à bens mais elementares, como a integridade física e a vida. Em se tratando do Código Penal, essa afirmativa se torna nítida quando comparamos alguns tipos penais e suas respectivas penalidades, por exemplo: o crime de lesão corporal em que a pena máxima é de 1 ano de detenção comparado ao crime de furto em que a pena máxima é de 4 anos de reclusão, onde suas formas qualificadas também apresentam penas desproporcionais quando comparadas. Outro exemplo, ainda, é o crime de roubo em que a pena máxima cominada chega a 10 anos de reclusão, ultrapassando, inclusive, a pena máxima para o crime de lesão corporal de natureza gravíssima que é de 8 anos, onde bem jurídico tutelado é indiscutivelmente mais elementar.

Quando se fala em repressão, um dado instigante é que o Brasil possui em média 50 mil homicídios por ano, e somente 8% dos casos são solucionados. Apontando que a maioria destes casos os seus responsáveis não são punidos, numa comparação com os casos de roubo qualificado, que é o segundo crime que leva mais pessoas a serem encarceradas no Brasil (WAISELFISZ, 2011).

Ainda, uma pesquisa realizada pelo Fórum de segurança Pública

(2017), constatou-se que foram 963 mortes de brancos por parte dos policiais, contra 3.240 mortes de negros, evidenciando quase o triplo de diferença entre essas mortes.

Ao ser feito o direcionamento para estes dois tipos de crime, a política criminal do Brasil tem contribuído diretamente para o encarceramento da população negra, pois se estes tipos penais são mais cometidos por pobres, e a maioria pobre no Brasil é exatamente negra como fora apresentado. Em estudo realizado pelos economistas João Paulo Resende e Mônica Viegas Andrade a desigualdade social tem uma grande influência no cometimento de crimes contra o patrimônio. De acordo com testes, é possível delinear um padrão de atuação da variável desigualdade de renda sobre os indicadores de criminalidade. Para os crimes contra a propriedade, os modelos empíricos apresentam melhor ajuste e revelam estimadores significativos, indicando a desigualdade de renda como um dos principais responsáveis pela dinâmica das infrações nos municípios com população superior a cem mil habitantes.

Além do direcionamento subjetivo, há também um direcionamento objetivo, que acontecem nas favelas, onde a população negra é majoritária. Em pesquisa, divulgada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), acerca do retrato das desigualdades de gênero e raça, entre 1993 e 2007, o percentual de residências que se encontravam em favelas ou semelhantes passou de 3,2% para 3,6%, representando um universo de 2 milhões de domicílios e pelo menos 8 milhões de pessoas. Considerando a distribuição de acordo com o chefe da família, tem-se que 40,1% dessas casas são chefiadas por homens negros, 26% por mulheres negras, 21,3% por homens brancos e 11,7% por mulheres brancas. De acordo com o estudo, essa distribuição mostra a predominância da população negra em favelas, o que reforça a sua maior vulnerabilidade social. Outro ponto analisado, referente à condição de habitabilidade da população, é o adensamento excessivo, ou seja, o número muito grande de pessoas na residência, também nesse aspecto é marcante a desigualdade de raça e gênero. Se apenas 3% dos domicílios chefiados por brancos se encontram nessa situação, entre as famílias com chefes negros o percentual mais que dobra, chegando a 7%.

Em contrapartida, em relação à escolaridade, o Data Popular, conforme citado pela Associação Paulista de Fundações, apresentou que somente 5% dos moradores da favela conclui o ensino superior e de 2002

a 2013 o número de moradores da favela que cursavam o ensino fundamental caiu de 35% para 27%, os principais motivos para evasão das escolas são a pobreza e o trabalho infantil.

Pelo fato de o Estado não estar presente nessas áreas de outra forma senão de maneira repressiva, a falta do acesso a direitos de subsistência, torna o meio da ilicitude uma alternativa mais promissora para esses indivíduos.

Além da confirmação feita acerca dos tipos penais que mais encarceram e de que o enfrentamento desses crimes atinge, em sua maioria, a população negra, ainda há possibilidade de ser feita outra ratificação no tocante à seletividade do direito penal brasileiro, quando se observa que os brancos têm mais acesso a penas alternativas do que os negros.

Dados de uma pesquisa realizada em 2014 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) sobre aplicação de penas e medidas alternativas no Brasil mostram que o sistema penal do País é mais rigoroso quando trata-se de negros. São 57,6% de negros com processos nas varas criminais, enquanto 41,9% são de brancos. Porém as porcentagens são invertidas quando analisados os juizados especiais, onde as penas alternativas são comuns, devido aos crimes de menor potencial ofensivo o qual o juizado tem competência para julgar. Nesse âmbito, 52,6% dos processos em trâmite são de brancos, enquanto 46,2% são de réus negros. Então, é de fácil conclusão que durante a sentença, os negros vão para o mais gravoso dos regimes, que é o fechado, relegando essas pessoas a um ambiente cuja dinâmica é comandada por uma malha criminal, aprofundando-os na ilicitude e dificultando uma superação da experiência criminal.

Ligando a política criminal ao racismo, podemos vislumbrar que o sistema prisional funciona como um depósito de pessoas que são indesejadas socialmente. Pois, de acordo com a teoria criminológica, “a palavra-chave para o Direito Penal é a criminalização, não o crime. A criminalização incide diferentemente sob cada um dos setores da sociedade, e pelos mecanismos interativos tende a se destinar à população historicamente desfavorecida.” (Romano Melo, 2016, p.14). Sendo um traço claro da situação do negro criminalizado no Brasil. Nesse ínterim, resta constatado que o racismo no Brasil, principalmente se tratando de política criminal, atua com a afirmação de que negros não são corpos que importam, pois estes são relegados à invisibilidade e a deslegitimação social.

CONCLUSÃO

Face ao exposto, ao fazer uma cadeia lógica entre a quantidade de pobres que são negros, a sua vulnerabilidade social e a política criminal do país, podemos concluir que o sistema penal, além de corroborar para a continuidade da repressão aos mais desfavorecidos socialmente, pobres-negros, submete estes a uma defesa ineficiente, pois, como vimos acima, a maioria das prisões são sob medida provisória e a maior parte da população carcerária é constituída por negros.

Diante disso, tem-se que a defesa “*ad hoc*”, além da inconstitucionalidade em si, não está imune a essa política criminal racista, pois os indivíduos submetidos a tal defesa, que deveriam ser os assistidos pela defensoria pública, visto que esta deve garantir a defesa dos mais necessitados, são pobres, conseqüentemente, negros, como vimos através dos dados supracitados.

Ademais, a defesa de exceção fere um dos pilares do Estado Democrático de Direito, bem como a igualdade, pois, neste caso, também é meramente formal, uma vez que o indivíduo com poder aquisitivo terá uma defesa mais qualificada do que aquele que seja desfavorecido socialmente. Exigindo, deste modo, uma atuação positiva do Estado e não a sua inércia.

Dessa forma, podemos concluir que esse instituto processual tende a contribuir para que não haja uma mudança significativa dos números acima citados, demonstrando que, mesmo após anos de abolição da escravatura, essas pessoas continuam a sofrer com novas formas de opressão e repressão institucionais e sociais.

Além do mais, necessária seria uma proposta de emenda à constituição visando positivar a proibição da defesa “*ad hoc*”, assim como são proibidos juízes e promotores não pré-constituídos no processo, equilibrando a relação tríade processual, a fim de garantir um processo mais eficiente possível.

Por fim, para que este contexto se altere é necessário que o direito brasileiro e seus respectivos tribunais assumam a sua responsabilidade na apreciação, não somente desse instituto processual, mas de tantos outros conflitos de injustiças legitimadas estrutural e historicamente. Esse exercício de responsabilização só pode ser feito através de um afasta-

mento da concepção liberal de direitos humanos, bem como através da conscientização de que o sistema de justiça tem o seu dever perante a aplicação e vigilância de políticas que minimizem tais injustiças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Wlamyra. **O jogo da dissimulação: Abolição e cidadania negra no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE FUNDAÇÕES. **Evento em São Paulo divulga números de pesquisa inédita que traça perfil do morador de favelas no Brasil e seus anseios**. 2015. Disponível em: <<http://www.apf.org.br/fundacoes/index.php/noticias/todas-as-noticias/1694-evento-em-sao-paulo-divulga-numeros-de-pesquisa-inedita-que-traca-perfil-do-morador-de-favelas-no-brasil-e-seus-anseios.html>> Acesso em: 30 ago. 2018

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vademecum**. São Paulo: Saraiva, 2008

_____. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 24º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Atualização - Jun/2016. Brasília, 2017.

FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário de segurança pública**. São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/atividades/anuario/>>. Acesso em: 16 out. 2018.

IBGE. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. 2015 / IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. - Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

IPEA. **Atlas da Violência**. IPEA e FBSP, 2017. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/170609_atlas_da_violencia_2017.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.

_____. Retrato das desigualdades de gênero e raça. **Revista Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. 4^a ed. - Brasília: Ipea, 2011.

LIMA, Wesley. **Brasil: um país marcado pelo genocídio da sua população negra, pobre e periférica**, 2018. Disponível em: <<http://www.mst.org.br/2018/05/18/brasil-um-pais-marcado-pelo-genocidio-da-sua-populacao-negra-pobre-e-periferica.html>> Acesso em: 04 jul. 2018.

MAPA do encarceramento: os jovens do Brasil. Secretaria-Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. 2015. 91p.

MARIGONI, Gilberto. **O destino dos negros após a Abolição**. 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2673%3Acatid%3D28&Itemid=23> Acesso em: 01 out. 2018

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 12^o ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017

PRINS, Baukje; MEIJER, Irene Costera. Como os corpos se tornam matéria: entrevista com Judith Butler. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 155-167, jan. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104026X2002000100009&lnRevista-liberdades,S%C3%A3o%20Paulo,23%20ed.%20Set.%202016>. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=293> Acesso em: 05 jun. 2018.

RESENDE, João Paulo de; ANDRADE, Mônica Viegas. Crime social, castigo social: desigualdade de renda e taxas de criminalidade nos grandes municípios brasileiros. **Estud. Econ.**, São Paulo, v. 41, n. 1, p. 173-195, mar. 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010141612011000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 15 out. 2018.

ROMANO, Pedro. A criminologia e o extermínio da população negra. **Revista liberdades**, São Paulo, 23 ed. Set. 2016. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=293> Acesso em: 05 jun. 2018.

SINHORETTO, Jacqueline; SILVESTRE, Giane; SCHLITTLER, Maria Carolina. **Desigualdade racial e segurança pública em São Paulo**. São Carlos, 2014. Disponível em: <http://www.ufscar.br/gevac/wp-content/uploads/Sum%C3%A1rio-Executivo_FINAL_01.04.2014.pdf> Acesso em: 04 jul. 2018.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2011**: os jovens no Brasil. São Paulo: Instituto Sangari; Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2011.

2

Crianças no cárcere: uma solução inviável adotada no Brasil

Isac Bruno Oliveira de Carvalho¹

Nara Livia Carlos de Castro Pinheiro²

Resumo:

O presente artigo visa analisar a situação de mulheres lactantes e seus respectivos filhos encarcerados, sob uma visão constitucional, juntamente ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) levando em consideração o amparo que lhes é necessário e o que é fornecido. É sabido que o cenário das prisões brasileiras se enquadra em uma situação nada satisfatória do ponto de vista das garantias fundamentais. Essas mulheres, enquanto mães, se encontram em situações degradantes, uma vez que não lhes são assegurados todos os amparos necessários para o acompanhamento pré-natal, pediátrico, nem mesmo nutricional, desta forma, tornando-se necessário abordar essa problemática. Inicialmente é importante analisar os dados acerca da situação sanitária dos presídios bem como do acompanhamento médico fornecido. Em seguida, será proposto um estudo da problemática à luz da Constituição Federal (CF)

1 Acadêmico em direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, ex-graduando em engenharia mecânica pela Universidade Federal do Rio Grande Do Norte, atualmente no 4º período no curso de Direito e estagiário no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, na Vara de Execuções Penais da Comarca de Mossoró-RN.

2 Acadêmica em direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, atualmente no 4º período no curso de Direito e estagiária no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, na Vara de Execuções Penais da Comarca de Mossoró-RN.

em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Por fim, descrever a situação de abandono em que essas mulheres e seus filhos se encontram perante a figura paterna, torna-se um ponto extremamente relevante para confirmar o erro do legislador ao deixar que essas crianças e mães permaneçam em cárcere. Para que essa problemática tenha sido apresentada, foram expostos dados estatísticos sobre a população carcerária feminina no país, advindos principalmente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), bem como foram citados os estudos de diversos autores como: José Gabriel de Lemos Brito, Ingo Wolfgang Sarlet, Andrea Rodrigues Amin, Dráuzio Varella, entre outros. A partir desses estudos, entende-se que a atual forma de cumprimento de pena dessas mulheres merece uma reanálise mais sensível e humana, de modo que o Estado consiga garantir que a criança goze de todos os Direitos que lhes são destinados.

Palavras Chave: Constituição Federal. Crianças. Lactante. Pena. Presidárias. Saúde.

Abstract:

This article aims to analyze of situation lactating women and their respective children incarcerated, under a constitutional vision, along with the Statute of the Child and the Adolescent (ECA). It is known that the scenario of Brazilian's prisons fit an unsatisfactory situation from the point of view of the fundamental guarantees. These women while mothers are in degrading situations, once they are not guaranteed all the necessary support for prenatal, pediatric or even nutritional monitoring. In this way, making it necessary to address this issue. Initially, it is important to analyze the data on the health situation of the prisons as well as the medical monitoring provided. Then will be proposed a study of the problem the light of the Federal Constitution (CF) in accordance with the The statute of the Child and Adolescent. Finally, to describe the situation of abandonment in which these women and their children are faced with the father a figure becomes an extremely relevant point to confirm the error of the legislator to let these children remain in prison. So that this problem has been presented in the most appropriate way possible, statistical data on the female prison population in the country, mainly from the National Council of Justice (CNJ) and the National Pe-

nitentiary Department (DEPEN), as well as the studies of several authors such as José Gabriel de Lemos Brito, Ingo Wolfgang Sarlet, Andrea Rodrigues Amin, Dráuzio Varella, among others. From these studies, it is understood that the current form of punishment of these women deserve a more sensitive and human reanalysis so that the State can ensure that the child enjoys all the Rights that are destined to them.

Keywords: Children. Federal Constitution. Health. Lactating. Penalty. Presiding Officers.

Introdução

Este artigo apresenta a problemática de presas preventivas e sentenciadas que são, ao mesmo tempo, lactantes dentro de ambientes prisionais. Foi necessário enquadrar esse tipo de questão, tanto com conceitos e princípios que a Constituição Federal aborda, quanto os aspectos biológicos e sanitários que põem em risco a saúde das mesmas e de seus filhos.

O objetivo deste artigo é demonstrar contradições/irregularidades existentes entre os princípios e normas constitucionais e o caso concreto das lactantes do sistema penitenciário brasileiro e de seus filhos.

Inicialmente faz-se necessário analisar dados acerca da situação sanitária, bem como do acompanhamento médico dentro do ambiente carcerário, trazendo uma perspectiva Constitucional a respeito do princípio da intranscendência da pena³ objetivando mostrar ao leitor o cenário em que as crianças encarceradas se encontram.

Será proposto também um estudo da problemática dentro da Lei Maior em Consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual trará a visibilidade de que direitos garantidos a Criança estariam sendo suplantados com a normatização vigente.

Outrossim, é válido também descrever a situação de abandono em que mães e filhos se encontram perante a figura paterna, sendo essa questão discutida sob a análise da mulher se tornar a única responsável

.....
3 Preconiza que somente o condenado poderá responder pelo fato praticado, pois a pena não poderá passar da pessoa do condenado.

principal do seu descendente, devendo exercer o papel de educadora com a obrigação de não o deixar a margem da sociedade e conseqüentemente torna-lo mais propício a criminalidade.

A pesquisa será realizada por meio de um estudo teórico sobre o assunto em questão, utilizando como base normativa a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Processo Penal, além de visões de autores que versam sobre o Sistema Penitenciário e o cumprimento de pena de lactantes (José Gabriel de Lemos Brito), o olhar acerca da diferença de gênero acentuada no âmbito carcerário (Dráuzio Varella), bem como autores que abordam o Direito propriamente dito (Ingo Wolfgang Sarlet e Andrea Rodrigues Amin), com o intuito de coletar informações relevantes acerca da problemática.

CRIANÇAS NO CÁRCERE: UMA SOLUÇÃO INVIÁVEL ADOTADA NO BRASIL

Segundo levantamentos feitos pelo Conselho Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, órgão criado pela determinação da Ministra Cármen Lúcia e diretamente ligado ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), durante o ato jurídico do *Habeas Corpus* coletivo (HC 143.641/SP), em publicação feita em janeiro de 2018, constatou que havia 622 presas grávidas ou lactantes no sistema penitenciário nacional, cumprindo elas sentenças judiciais ou prisões preventivas. Entre elas, havia cerca de 249 detentas lactantes, cujas penitenciárias também albergaram os filhos das mesmas, sendo que nem todos os presídios de custódia são exclusivos para abrigar mulheres/crianças nessa situação. Ou seja, menores que estavam cumprindo a pena juntamente com suas genitoras e sob a tutela do Estado. Diante exposto, A juíza auxiliar da presidência do CNJ Andre-mara dos Santos fala que:

As crianças não têm nada a ver com o crime que suas mães cometeram. Temos de lembrar que a vida delas está em jogo, pois nem todas as mulheres possuem condições processuais para estarem em prisão domiciliar. As unidades devem garantir assistência médica mínima ao filho e à mãe, acesso ao pré-natal, por exemplo. (Agência CNJ de Notícias, 25/01/2018)

O que reforça o questionamento sobre crianças vivendo dentro de ambientes prisionais.

A SITUAÇÃO SANITÁRIA DO CÁRCERE

Embora a situação entre janeiro e julho de 2018, segundo a mesma pesquisa, tenha amenizado no tocante à quantidade de bebês que residem em Complexos Penitenciários junto às mães, ainda há crianças nessa situação desfavorável, com acesso limitado às assistências prestadas pelo Estado. Sem o acesso correto à saúde, principalmente, a vida dos mesmos estarão comprometidas. Segundo o Ministério da Justiça, nos dados apontados em agosto de 2017, expõem que:

8605 profissionais de saúde estão cadastrados no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES) no sistema prisional. No entanto, apenas 1.112 são médicos.

Considerando que, no Brasil, há cerca de 607731 presos, há a proporção de 546,5 detentos para um único médico atender, demonstrando, assim, que o Estado não possui a capacidade de tutelar com dignidade nem os detentos que custodia, menos ainda bebês de presidiárias, cuja saúde é bem mais debilitada. Não é só questão de saúde, há também outras necessidades que devem ser observadas para garantir uma boa qualidade de vida aos mesmos.

Segundo o estudioso do sistema penitenciário brasileiro José Gabriel de Lemos Brito, em sua obra *As mulheres criminosas e seu Tratamento Penitenciário*, de 1943, cita que a previsão que existe em penitenciárias do Brasil, como o Complexo Penitenciário de Bangu, por exemplo, situações que permitem o cárcere de bebês junto às mães apenas é equiparável à prerrogativa legal presente no Código Rocco, o Código Penal da Itália Fascista, de 1930. Nela estava contida a previsão de permanência dos filhos de detentas com as mães em prisões nos primeiros anos de vida da criança.

Diante exposto, é possível acionar dispositivos constitucionais que se enquadram na problemática em questão, principalmente, o Princípio da Intranscendência da Pena Imposta, assegurada no art. 5º, XLV, da

Constituição Federal. O texto constitucional diz:

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Ou seja, somente o condenado responderá pelo fato praticado, mais ninguém, pois a pena deve permanecer na pessoa do condenado e por ela deverá ser cumprida as respectivas sanções judiciais.

Nos casos em questão, manter bebês de presidiárias junto a elas no cárcere é uma clara violação do princípio fundamental que a Constituição assegura anteriormente dito, demonstrando uma verdadeira contradição existente entre o texto normativo e o caso concreto.

Além disso, segundo os presentes dados prestados pelo CNJ, dentre 1478 presídios presentes no Brasil, apenas 32% possui unidades femininas e 3% das mistas (que abrigam presos homens e mulheres) têm berçários ou centros de referência materno-infantil. Não só isso, somente 5% das unidades femininas contam com creches. Para demonstrar ainda mais a gravidade dessa situação, em março de 2018, o CNJ publicou informações sobre as inspeções feitas nos Centros Penitenciários que custodiam grávidas e lactantes. No tocante:

Em alguns presídios, elas se queixaram da oferta de marmitas com alimentos podres, em outros, a completa falta de assistência nutricional, médica e pré-natal. Um dos principais problemas constatados pela equipe do CNJ foi a falta de registro e vacinação de bebês. No Distrito Federal, por exemplo, quatro bebês não haviam recebido a dose devida da vacina chamada BCG, que previne a tuberculose.

Diante da situação exposta, podemos constatar que, no Brasil, não há, de fato, presídios adaptados para esse tipo de situação, e sim uma improvisação do espaço prisional, criado primariamente para homens, que passou a receber as apenadas em questão. Segundo a autora Santa Rita (2007, p. 75):

[...]a mulher quando inserida no contexto de privação de liberdade apresenta uma série de particularidades que se relacionam com às suas próprias condições biogenéticas: o “ser mãe”; o período de gestação; a fase de lactação, a separação dos filhos que nascem em ambientes intramuros e extra-muros, para citar algumas.

Ou seja, os presídios em si não são apropriados para o cumprimento de pena de mulheres lactantes, bem como suas particularidades.

VISÃO NORMATIVA/PRINCIPIOLÓGICA

Tomando como base o art. 5º, L, da Constituição Federal: “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. Entretanto, essas condições asseguradas pela Carta Magna devem ser dignas e que evitem a violação da integridade do bebê/criança. Mas, levando em conta as informações acima expostas, vê-se a verdadeira inviabilidade de custódia dessas crianças em ambiente prisional, sendo assim, aplicado o dispositivo de forma a ser considerada incorreta.

Outro dispositivo que se faz necessário apontar, é o Estatuto da Criança e do Adolescente, onde, em seu art. 15, diz que:

A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

O que remete a fala de Ingo Wolfgang Sarlet, ao definir a dignidade da pessoa humana como:

...a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições

existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (INGO SARLET, 2001, p.60).

Em análise, é uma violação de tal artigo normativo o relativo cárcere do menor junto à mãe em presídios, já que este, em um centro que priva a liberdade, prejudica o exercício de atividades fundamentais que as leis garantem ao menor, como por exemplo, o lazer, presente no art. 6º, da CF, que versa sobre os Direitos Sociais, bem como à liberdade, direito existente no art. 227 *caput* da Lei Maior, o qual se refere ao dever da família, da sociedade e do Estado perante a criança, o adolescente e o jovem.

Retomando a pesquisa realizada pelo CNJ, percebe-se que há um déficit de acompanhamento nutricional adequado a essas detentas, e conseqüentemente aos seus filhos. Segundo Andréa Rodrigues Amin, no livro *Curso de Direito da Criança e do Adolescente* (2010, p.32) “A saúde pela alimentação é uma realidade. Promover uma nutrição adequada significa prevenir doenças decorrentes de desnutrição, carência de algum nutriente ou obesidade infantil”. Dessa forma, se a nutrição adequada é a base para o bom desenvolvimento, a permanência destes, encarcerados em ambiente totalmente inadequado a sua estadia, torna-se algo inaceitável, uma vez que a pena deve ser aplicada unicamente as suas genitoras.

É preciso atentar-se também a questão do recém-nascido portador de necessidades especiais. Assunto pouco abordado, mas de natureza relevante, é o olhar humanizado do legislador frente à possibilidade dessas mães darem a luz a crianças com algum tipo de deficiência. São claros os motivos que tornam inviável a permanência das genitoras nos presídios, uma vez que aqueles dotados de berçários já possuem uma estrutura precária e é sabido que o Estado não tem a menor condição de proporcionar atendimento médico e tratamentos específicos aos deficientes.

Ademais, o ECA, em seu art.18, cita: “É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

Os primeiros anos de vida de um jovem ser sob custódia em uma

penitenciária passa a ser constrangedor para o mesmo, uma vez que ninguém quer ter a lembrança do início da sua infância dentro de uma prisão, sendo que, em situações convencionais, estes poderiam ter recordações de momentos em família e em lugar adequado, sendo assegurados seus direitos e garantias fundamentais. Ter desenvolvimento mediante um cenário inapropriado fez-se traumático/tormentoso em um período da vida tão importante e delicado, fazendo com que a pena, de fato, ultrapasse a figura da apenada, entrando em desconformidade com o Princípio Constitucional da Intranscendência da Pena.

Tendo em vista os questionamentos anteriormente apontados no texto, é notório que precisam ser implantadas novas medidas para tratar o caso em questão. Inicialmente, em analogia ao art.318, V, do CPP, onde diz que: “Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos”, deveria este dispositivo ser estendido às mulheres sentenciadas ao regime fechado. Com isso, caberia ao Juízo de Execução Penal e aos membros do Ministério Público acompanhar os casos que se enquadram nessa problemática, aplicando a pena de forma regular e que possibilite a criação das crianças por suas mães condenadas.

O ABANDONO NO CÁRCERE FEMININO, BEM COMO A FUNÇÃO DA MULHER COMO CHEFE DE FAMÍLIA

O cumprimento de pena privativa de liberdade por mulheres se diferencia dos homens não só no lado fisiológico, mas também no lado social. Conforme dito pelo médico e autor Dráuzio Varella, em seu livro “Prisioneiras”, publicado em 2017, aponta que a maior diferença entre um homem e uma mulher quanto ao cumprimento de pena na cadeia é o abandono. Segundo o mesmo, uma grande prova disso é a grande diferença existente entre o número de visitas íntimas recebidas por um detento do sexo masculino, em comparação a uma detenta do sexo feminino. Para o mesmo, a ausência de visita íntima faz o laço existente entre as presas e seus cônjuges se perder completamente. Não se trata apenas de satisfação sexual, mas também como forma de manutenção de laços familiares.

A questão também ultrapassa o lado das visitas íntimas. A família brasileira, em sua maioria, abomina com mais facilidade a mulher presa. Como se a prisão tivesse uma conotação sexual para as mulheres. Com isso, entes da família e do meio social que pertencia à presidiária que está cumprindo pena em regime fechado, por exemplo, a abandona em detrimento de sua condição como transgressora. Essa situação é bastante diferente com relação aos homens que cumprem pena no fechado, onde em dias de visita, suas esposas, pais e amigos passam a frequentar os presídios para vê-los.

Ainda nesse sentido, através da pesquisa desenvolvida pelo Departamento Penitenciário Nacional, no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do ano de 2016, o tráfico de drogas é responsável por 62% do encarceramento feminino. Além disso, a maioria das mulheres envolvidas com o tráfico entraram por intermédio de seus companheiros, e acabam abandonadas quando presas. As mulheres presas por tráfico, em geral, não são protagonistas da ação criminosa, e sim, ocupam um papel secundário. Quando sentenciadas pela ação criminosa, o então companheiro a abandona, recrutando outra secundária para a movimentação do tráfico, deixando-a abandonada completamente no presídio.

Todo esse contexto de abandono é de fundamental importância para o questionamento de que a mulher passa a assumir a condição de chefe de família, além de adquirir a responsabilidade de criar seu filho solitariamente. Como será possível a criação de uma criança por uma mãe que se encontra atrás das grades e não possui ninguém para auxiliá-la? Deixar a criança presa será a forma mais adequada?

Nesses casos concretos, a base familiar é totalmente desestruturada com o cumprimento de pena de regimes cujas mães estão custodiadas nas penitenciárias do país. Com isso, é possível aferir que o desamparo sofrido pelos filhos durante o cumprimento de pena da mãe, caso sejam separados, torna a criança mais suscetível a ser uma transgressora da lei. O que seria uma política de prevenção da criminalidade, deixando a mãe custodiada, passa a ser um fator desencadeador da do mesmo.

E no caso de manter a criança junto à mãe em penitenciárias, cujo ambiente é totalmente inapropriado para os seus cuidados, poderá prejudicar o seu desenvolvimento como pessoa, psicologicamente falando, além de sofrer riscos de saúde.

Em decorrência disso, é de fundamental importância a criação de novas medidas para o encarceramento feminino, que não considere apenas a maternidade e gestação, mas integrá-la em políticas de ressocialização pelo trabalho, estudo, ou por outros meios mais humanizados, que possibilite a reingresso, além da criação de seus filhos.

No tocante à argumentação exposta, entende-se que a melhor forma para o cumprimento da pena, nessas situações, poderia ser por meio da prisão domiciliar mediante monitoramento eletrônico, fixando um prazo inicial de acordo com cada caso, verificando posteriormente a necessidade de prorrogação (processo de individualização da pena). Nessas situações que envolvem lactantes e gestantes é importante ter sensibilidade e a máxima aproximação de cada caso, não se podendo normatizar um prazo específico no Código para englobar todas as sentenciadas/preventivas. Já que o Direito é uma ciência humana, não seria adequado enquadrar pessoas em um estado de tanta delicadeza ao censo geral que a lei cobre.

Diante o exposto, as medidas que o Brasil adota atualmente com relação as lactantes sentenciadas ou presas preventivas ainda não resolvem integralmente a problemática. Entende-se então mais viável, nesses casos, a realização de prisão domiciliar com o uso de tornozeleira eletrônica como forma de ter maior controle sobre as mães durante o cumprimento de sua pena sem deixar que a criança goze dos seus direitos. Dessa forma, é imprescindível um olhar mais sensível e humano por parte dos membros do funcionalismo público, sejam eles, principalmente, os integrantes do legislativo e do judiciário, para enquadrar os casos concretos em formas humanas de cumprimento de pena, e que não interfiram na vida de mais brasileiros que venham a nascer.

CONCLUSÃO

Este artigo buscou analisar a situação carcerária de mulheres lactantes, bem como a de seus filhos encarcerados, sob a visão constitucional, acrescida das normas presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Tendo como base o primeiro objetivo do texto, apresentado como uma análise da situação sanitária a que são submetidas as detentas lac-

tantes e seus respectivos filhos, temos uma comprovação clara da situação degradante dentro dos presídios. Diante das informações divulgadas pelo Ministério da Justiça e pelo Conselho Nacional de Justiça, expõe que, no Brasil, não há condições mínimas para abrigar uma criança em presídio, tanto pela ausência de assistência médica, quanto pelas questões de infraestrutura. Com relação à pontuação, todos esses aspectos tiveram uma breve análise sobre o direito, com o objetivo de reforçar a oposição entre a norma e a realidade.

Em seguida, foi iniciada a análise constitucional, juntamente com interpretações das normas presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente. Diante o exposto, é possível conferir as diversas contradições entre princípios, como o da Intranscendência da pena, a normativa brasileira e o caso concreto existente.

Por fim, há retratado no texto a situação de abandono em que as mulheres encarceradas são submetidas pelo meio familiar, afetivo e social. Nessa situação, fica evidente o papel da mulher como a chefe familiar, bem como a impossibilidade de assumir tal papel em virtude do cárcere. Foi exposta a verdadeira adversidade sofrida pelas mulheres que cumprem pena em presídios, acrescida da necessidade de novas medidas alternativas para a sanção penal.

Aqui, foram apresentados meios que poderiam solucionar essa problemática, entre eles o uso de tornozeleiras eletrônicas. Além disso, houve a instigação para que os legisladores e membros do judiciário discutam mais sobre o tema e tenham um olhar mais sensível e justo sobre a situação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMIN, Andréa et al. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4. ed. [S.l.]: Livraria e Editora Lumen Juris Ltda., 2010. 943 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 21/10/2018.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 21/10/2018.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990** que dispõe sobre Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 21/10/2018.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984** que institui a Lei de Execuções Penais: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 21/10/2018.

BRASIL tem 662 Grávidas ou Lactantes em Presídios. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86062-brasil-tem-622-gravidas-ou-lactantes-em-presidios>. Acesso em 21/10/2018.

BRITO, Lemos de. **As mulheres criminosas e seu tratamento penitenciário**. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial do Estado, 1943.

CÉRMEM Lúcia Cria Protocolo e Cadastro de presas grávidas e Lactantes. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86931-carmen-lucia-cria-protocolo-e-cadastro-de-presas-gravidas-e-lactantes>. Acesso em 21/10/2018.

LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS – INFOPEN Mulheres. 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 21/10/2018.

MOCELLIN, Maria Eduarda. **Mães do Cárcere: Os Direitos das Mulheres e a Convivência Familiar em Situações de Privação de Liberdade**. 2015. 18 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade Tuiuti do Paraná, Paraná, [S.l.], 2015.

SANTA, Rita R. P. **Mães e crianças atrás das grades**: Em questão o princípio da dignidade da pessoa humana. Dissertação de mestrado não publicada, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2006, 75 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, 158 p.

SUPERLOTAÇÃO dos presídios facilita proliferação de doenças, afirma médica. Carta Capital. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/08/15/superlotacao-dos-presidios-facilita-proliferao-de-doencas-afirma-medica/>. Acesso em: 21/10/2018.

VARELLA, Dráuzio. **Prisioneiras**. 1. ed. São Paulo: Schwarcz S.a, 2017. 296 p.

3

Políticas públicas de redução de danos como alternativa à criminalização das drogas: uma avaliação de eficiência

.....
Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade¹

Resumo:

As drogas se consubstanciam em um sério risco à saúde das pessoas, razão pela qual políticas públicas foram elaboradas no sentido de mitigar sua oferta, demanda e danos que lhes são associados. A abordagem estatal se funda principalmente na criminalização das condutas relacionadas às substâncias psicotrópicas. Paralelamente, foram elaboradas políticas de redução de danos, nas quais se tratam as consequências do uso de drogas, alternativamente (mas não opostamente) à persecução criminal. Importante, então, avaliar a eficiência dessas medidas, em uma ponderação entre o esforço dispendido pelo Estado e os resultados obtidos, sempre em contraposição à eficiência da política de criminalização das drogas.

Palavras-chave: Drogas. Redução de danos. Eficiência.

.....
¹ Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Advogado.

Abstract:

Drugs constitute a serious risk to people's health, which is why public policies have been designed to mitigate their supply, demand and damages associated with them. The state approach is based mainly on the criminalization of conduct related to psychotropic substances. At the same time, harm reduction policies have been developed, which address the consequences of drug use, alternately (but not oppositely) to criminal prosecution. It is important, therefore, to evaluate the efficiency of these measures, in a weighting between the effort expended by the State and the results obtained, always in contraposition to the efficiency of the policy of criminalization of drugs.

Keywords: Drugs. Harm reduction. Efficiency.

1 INTRODUÇÃO

Uma vez que as drogas representam risco à saúde e incolumidade pública, bens fundamentais que integram a noção de dignidade da pessoa humana, políticas estatais foram elaboradas no sentido de reduzir sua oferta, demanda e danos que lhes são inerentes. Proibir e criminalizar o consumo e comercialização das substâncias consideradas ilícitas é a abordagem utilizada pelo Estado como promessa de cumprir tais objetivos.

Entretanto, não obstante a escassez de políticas cujo foco se dê a partir da compreensão do problema da saúde pública decorrente do consumo de drogas, as poucas existentes são dignas de estudo, tais como descriminalização, diversificação, intercâmbio de seringas, tratamentos médicos com foco na prescrição ou substituição de drogas, hábeis que são a mitigar o risco de morte por overdose e exposição às doenças relacionadas com o uso de estupefacientes.

São as chamadas políticas de redução de danos, em que o método não é o combate às drogas, senão às suas consequências. Importante, pois, conhecê-las e aferir a eficiência dessas políticas públicas. Para tanto, se levará em conta a implementação de medidas alternativas à criminalização na Suíça, Holanda, Uruguai, Grã-Bretanha e Portugal, bem como os resultados delas decorrentes.

2 AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Reconhecida a necessidade de resolver um problema público, tomada em apreço as várias soluções possíveis, selecionada e praticada algumas delas, o Estado avalia de que forma tal política pública está laborando. Essa avaliação também é realizada por vários outros atores, interessados na efetividade das políticas públicas em apreço, os quais também se envolvem no que pertine ao funcionamento e efeitos das respectivas ações governamentais, com o desiderato de expressar seu apoio ou oposição ou, ainda, de cobrar mudanças (HOWLETT, 2013).

Dessa forma, o conceito de avaliação de políticas públicas diz respeito, de modo geral, ao estágio do processo em que se verifica como uma ação governamental, de fato, está se desempenhando no mundo real. Relaciona-se com a avaliação dos meios que são empregados e os objetivos que são ou não atendidos (HOWLETT, 2013).

Submetida à avaliação, o problema e as soluções envolvidas em torno das políticas públicas podem ser integralmente repensadas. Em casos tais, o ciclo pode voltar ao estágio da montagem da agenda ou, ou mesmo outro secundário, como também, ainda, em uma reformulação profunda do problema, incluindo até a total descontinuidade da política (HOWLETT, 2013).

No âmbito das políticas públicas, podem ser avaliados os seus processos, quanto aos métodos organizacionais, o esforço, no que toca a quantidade de insumos (*inputs*) do programa, o desempenho, em relação aos produtos do programa (*outputs*), eficiência, sobre os custos da política pública e eficácia, quanto à adequação, implementação.

A avaliação das políticas públicas de redução de danos se dará no campo da eficiência, numa ponderação entre o esforço dispendido pelo Estado e os resultados obtidos, sempre em contraposição à eficiência da política de criminalização das drogas.

3 RESULTADOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE REDUÇÃO DE DANOS

A principal política pública dirigida a mitigar os danos decorrentes do uso de drogas tem uma abordagem jurídico-penal: trata-se da criminalização das drogas. Mais recentemente, têm surgido uma nova forma de enfrentar o problema de saúde e segurança pública, decorrentes do uso de substâncias entorpecentes. Trata-se das políticas de redução de danos.

3.1 O PROGRAMA DE REDUÇÃO DE DANOS NA SUÍÇA

Tome-se, inicialmente, o exemplo da Suíça que, no final da década de 1980, passou por um período de preocupante crescimento nas taxas de consumo de drogas injetáveis. Ao mesmo tempo, também crescia o número de infectados pelo vírus HIV. Buscando mitigar o problema de incolumidade pública que se instalava, adotou-se como medida o engajamento do setor da saúde pública para lidar com a questão, em vez da criminalização do usuário.

Até o advento da *aids*, a Suíça matinha, em relação às drogas, uma política conservadora, fundada na criminalização e forte repressão policial sobre usuários e traficantes (KILLIAS e AEBI, 2000), na mais perfeita acepção da guerra contra as drogas. Com o avanço do HIV e inerente contaminação a partir do compartilhamento de seringas por usuários de drogas, a postura coercitiva deu lugar às ações focadas na saúde do adicto.

Embora não tenha descriminalizado o uso e a comercialização de drogas, o governo suíço criou salas de injeção segura, onde além de ter assistência social, o usuário pode fazer uso de drogas injetáveis, sem recorrer a traficantes ou se submeter ao risco de consumir entorpecente impuro. No mesmo local o poder público distribui seringas descartáveis e, desde 1992, o viciado (atendidas algumas condições) pode ser submetido ao tratamento de prescrição de heroína, reduzindo assim os riscos inerentes ao consumo.

As ações focadas na redução dos danos causados pelo consumo de drogas injetáveis, no caso da Suíça, seguiram o princípio do *low-threshold*, consistente na estratégia de que os usuários alvo destas ações não encontravam altas exigências para obter os serviços de tratamento. Não se exigiu, por exemplo, que o indivíduo deixasse de consumir determinado entorpecente para ingressar no programa, embora a abstinência fosse um objetivo a ser alcançado.

Da medida de substituição e prescrição de heroína², resultou considerável impacto na procura clandestina por esse opióide, uma vez que a ação focou nos viciados problemáticos (que representam de 10% a 15% do total) e, embora em menor número em relação aos demais usuários, são responsáveis pela maior parte da demanda (30% a 60%). De igual sorte, a demanda por outras drogas também experimentou redução em decorrência do programa³.

Com efeito, observando-se o comportamento do usuário integrado ao programa, a partir dos dados coletados pela polícia suíça, durante os seis primeiros meses de tratamento, o consumo de heroína diminuiu, em média, sessenta e oito por cento, em comparação com os seis meses anteriores à intervenção. Quando a comparação é estendida aos períodos de vinte e quatro meses antes e após a admissão no programa, a redução é de setenta e um por cento (KILLIAS e AEBI, 2000).

Cerca de 43% dos viciados em heroína admitidos no programa de substituição de drogas tinham, nos seis meses anteriores ao tratamento, atuado como traficante da mesma substância para sustento do próprio vício. Durante os seis primeiros meses de tratamento, esse número havia

.....
2 A prescrição de heroína costuma a funcionar melhor que a substituição por metadona, uma vez que esta, embora menos insegura, não satisfaz a dependência psicológica, vez que não ocasiona prazer.

3 Esses fatos são relatados por Martin Killias e Marcelo F. Aebi (2000, p. 88): “Assim, a substituição da heroína tende a atingir especialmente usuários problemáticos, ou seja, os consumidores pesados. E, assumindo que três mil viciados representem entre dez a quinze por cento dos usuários de heroína na Suíça, não parece irreal especular que eles representam entre trinta a sessenta por cento da procura pela droga no mercado ilegal. [...] A pergunta a ser realizada é como o mercado irá reagir a uma queda na demanda de tais proporções. Uma possível estratégia seria a promoção de novas drogas, ou aquelas que são atualmente menos populares na Suíça, como a cocaína. É difícil avaliar se essas estratégias serão bem sucedidas, uma vez que o deslocamento dos efeitos é sempre difícil de estudar, seja qual for a ofensa a ser evitada e quais podem ser os possíveis crimes ‘alternativos’. Os dados recolhidos até agora tendem a mostrar, no entanto, um declínio do consumo de heroína não prescrita e, também, de outras drogas ilícitas” (traduzido do inglês para o português).

decrecido para 10%; e 6% após doze meses de ingresso no projeto (KILLIAS e AEBI, 2000).

Killias e Aebi (2000, p. 96) concluem seu estudo científico acerca dos resultados da política de redução de danos na Suíça asseverando que o programa de prescrição de heroína foi responsável por afastar seus pacientes da prática de crimes relacionados ao tráfico de drogas e afetar o próprio mercado ilegal de referido opióide:

The Swiss heroin prescription program was targeted at hard-core drug users with very well established heroin habits. These people were heavily engaged in both drug dealing and other forms of crime. They also served as a link between importers, few of whom were Swiss, and the — primarily Swiss — users. As these hard-core users found a steady, legal means for addressing their addiction, they reduced their illicit drug use. This reduced their need to deal in heroin and engage in other criminal activities. Thus, the program had three effects on the drug market:

- It substantially reduced the consumption among the heaviest users, and this reduction in demand affected the viability of the market.
- It reduced levels of other criminal activity associated with the market.
- By removing local addicts and dealers, Swiss casual users found it difficult to make contact with sellers.⁴

Não obstante os avanços nas políticas públicas de drogas na Suíça, em 2004 o parlamento daquele país rejeitou a descriminalização da

.....

4 “O programa suíço de prescrição de heroína teve como alvo os usuários pesados de drogas, habituais no consumo daquele estupefaciente. Essas pessoas estavam fortemente envolvidas no tráfico de drogas e outras formas de criminalidade. Também serviam como uma ponte entre importadores (alguns suíços) e usuários (principalmente suíços). Como esses usuários pesados encontraram um meio legal para tratar sua dependência, reduziram seu uso de drogas ilícitas. Isso reduziu sua necessidade de negociar heroína e participar de outras atividades criminosas. Assim, o programa obteve três efeitos sobre o mercado de drogas: - Reduziu substancialmente o consumo entre os usuários mais pesados, afetando a viabilidade do mercado. - Reduziu os níveis de outras atividades criminosas associadas ao mercado ilícito. - Uma vez removidos os viciados e traficantes locais, os usuários casuais suíços encontraram dificuldades de fazer contato com os vendedores” (traduzido do inglês para o português).

maconha e, em 2008, seus eleitores, consultados em plebiscito, embora aprovando as medidas de redução de danos, se pronunciaram contra a legalização dos *canabinoides*.

3.2 A PREVENÇÃO PELA DIVERSIFICAÇÃO NA GRÃ-BRETANHA

O Reino Unido, no ano de 1999, implementou política pública de prevenção ao uso de substâncias entorpecentes, consistente em um programa que oferece aos usuários problemáticos de drogas, que tenham cometido delitos, tratamento à dependência em substituição da pena, o que fez reduzir o índice de reincidência.

Com essa medida, considerando o grupo de adictos adeptos do programa, o número de processos criminais apresentou decréscimo de 48%, tomando por base os anos prévios e posteriores ao tratamento (MILLAR, JONES, *et al.*, 2008).

O tratamento terapêutico tem o condão de reduzir a população carcerária, ao desviar do sistema prisional o indivíduo que, de apenado, converte-se em paciente dos serviços de saúde. Embora existam crimes cuja pena não possa ser comutada em tratamento, fazendo-se necessário o cumprimento da pena em penitenciária, parte da sanção pode ser cumprida em liberdade, condicionada ao ingresso no programa.

Pode-se dizer que medidas dessa natureza apresentam-se como alternativa viável, coincidindo com o que Claus Roxin (2001, p. 466-467) definiu por “diversificação” – importante consignar:

Nas hipóteses em que a descriminalização não é possível - como no furto -, poder-se-ão evitar as desvantagens da criminalização através de alternativas à condenação formal por um juiz. Tais métodos de diversificação são utilizados em quantidade considerável na Alemanha, pois o tribunal e também o ministério público podem arquivar o processo quando se tratar de delitos de bagatela em cuja persecução não subsista interesse público; tal arquivamento pode ocorrer inclusive no âmbito da criminalidade média, se o acusado prestar serviços úteis à comunidade (como pagamentos à Cruz Vermelha ou a reparação do dano).

Estes métodos de diversificação são utilizados hoje na Ale-

manha em quase metade de todos os casos, tendo reduzido consideravelmente a quantidade de punições. [...] esta espécie de reação a delitos deve ser um elemento essencial do direito penal do futuro.

Assim, na Grã-Bretanha, a medida alternativa de comutar pena em tratamento de saúde, visando a mitigar os efeitos da adicção, resultou na redução do índice de crimes relacionados ao consumo de drogas, da população carcerária e dos gastos estatais com a persecução penal. Mostrou-se, portanto, eficaz à tutela da incolumidade pública.

3.3 A REDUÇÃO DE RISCOS NA HOLANDA

Embora a Holanda seja lembrada como paradigma à descriminalização das drogas, na vanguarda das políticas públicas acerca da matéria, a realidade é outra. A *cannabis* é a única substância entorpecente, proscrita pela comunidade internacional, cuja venda é tolerada naquele país – isso mesmo, em locais específicos (*coffee shops*) e em pequena quantidade⁵. A comercialização irregular desse estupefaciente continua a ser considerada conduta criminosa. Por isso, não se pode sequer dizer que a maconha é legalizada na Holanda⁶.

Na verdade, a política antidrogas holandesa é similar àquela adotada na Suíça e, em muitos aspectos, é menos liberal que a portuguesa. Não obstante, das medidas alternativas adotadas pelos países baixos resultam relevantes avanços para saúde e incolumidade pública.

Na Holanda, a política de redução de danos adota como medidas o intercâmbio deseringas, prescrição de metadona e heroína como tratamento da dependência, manutenção de salas de consumo de drogas e acompanhamento médico.

A prescrição da heroína, como medida de tratamento, reduziu os pequenos delitos e perturbações da ordem pública, e teve efeitos positi-

5 O coffee shop não pode vender mais que cinco gramas de maconha, por vez, para a mesma pessoa; não pode comercializar outras drogas; e não pode vender à turistas, nem a menores de dezoito anos.

6 A própria posse da maconha, ainda que para consumo, se não se der nos locais destinados ao uso, implica em contravenção penal, punível com multa.

vos na saúde das pessoas que lutam contra a dependência (COMISSÃO GLOBAL DE POLÍTICAS SOBRE DRGAS, 2011) .

Não existe um programa que atenda especificamente o usuário de cocaína – como a prescrição médica da substância, por exemplo. Assim, para esse tipo de entorpecente, a Holanda apresenta um consumo médio ligeiramente acima da média do continente europeu: pouco mais de 5% dos holandeses adultos já fizeram uso de cocaína, sendo que quase dois por cento a utilizaram recentemente. À título ilustrativo, nos Estados Unidos da América, cerca de quatorze e meio por cento da população com mais de 12 anos de idade já experimentaram cocaína.

Quanto à situação holandesa, em relação ao consumo de cocaína e seus derivados entre a população adulta (15 a 64 anos de idade), importante observar os dados comparativos, elaborados pela *Netherlands National Drug Monitor* (2011, p. 64):

País	Ano	Porção da população adulta que já fez uso de cocaína	Porção da população adulta que usou cocaína recentemente
Espanha	2007/2008	8,3%	3,1%
Itália	2008	7,0%	2,1%
Irlanda	2006/2007	5,3%	1,7%
Holanda	2009	5,2%	1,2%
Suécia	2008	3,3%	0,5%
Noruega	2004	2,7%	0,8%
França	2005	2,6%	0,6%
Áustria	2008	2,2%	0,9%
Portugal	2007	1,9%	0,6%
Finlândia	2006	1,1%	0,5%
Grécia	2004	0,7%	0,1%

Tabela 1 - Uso de cocaína entre a população adulta. Comparativo entre Holanda e outros países europeus

Conforme dados apresentados pela *Netherlands National Drug Monitor* (2011, p. 80), no que pertine ao uso de opióides, objeto principal das medidas de redução de danos adotadas pela Holanda, quando considerado o número de usuários problemáticos (que desenvolvem vício, doenças, comportamento violento ou distúrbios), tem-se que, ao longo

do tempo, houve significativo decréscimo:

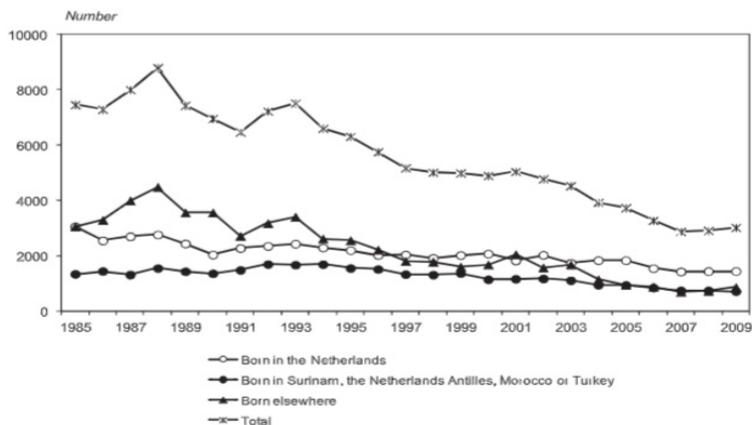


Gráfico 1 - Usuários problemáticos de opióides em Amsterdã (1985 a 2009), por origem

A mesma demonstração de eficiência da política holandesa de redução de danos se tem ao comparar sua situação atual, em relação ao número de usuários problemáticos de “drogas pesadas”⁷, com outros países do continente europeu, ainda de acordo com a *Netherlands National Drug Monitor* (2011, p. 82):

País	Ano	Número estimado de usuários problemáticos (entre 15 a 64 anos) para cada mil habitantes
Reino Unido	2003-2007	10,0
Itália	2007	9,8
Luxemburgo	2007	7,7
Dinamarca	2005	7,5
Irlanda	2006	7,2
Suécia	2007	4,9
França	2008	4,8
Finlândia	2005	4,8
Áustria	2007	4,1
Noruega	2008	3
Grécia	2008	2,7
Holanda	2008	1,6
Espanha	2006	1,35

Tabela 2 - Comparativo de usuários problemáticos de drogas pesadas entre países europeus

7 A lei holandesa considera “drogas pesadas” aquelas que apresentam “riscos inaceitáveis” à sociedade, enumerando, dentre outras, heroína, cocaína, anfetaminas, LSD e *ecstasy*.

Os dados ora consignados se mostram importantes não só por revelarem a posição privilegiada da Holanda quando se trata do número relativo de usuários problemáticos das substâncias entorpecentes mais perigosas, decorrente de suas medidas focadas na saúde do indivíduo. O que há de mais significativo no mencionado é o resultado, justamente, no número de usuários problemáticos.

É que o número de usuários comuns de determinada droga, que não desenvolvem vício, doenças, comportamento violento *et coetera*, relacionados ao uso em si, não se apresenta tão importante quanto o número de consumidores problemáticos, cuja adicção tem o condão de macular diretamente a saúde e incolumidade pública.

Assim, qualquer medida que venha a reduzir o número de usuários problemáticos, mesmo que produza incremento no índice de consumidores não problemáticos, deve ser tida por eficaz no combate aos danos decorrentes das drogas.

Outro avanço, a partir do programa de intercâmbio de seringas, na qual o governo troca aquela já usada por uma nova, e a prescrição médica de metadona e heroína, reduziram significativamente a infecção por HIV decorrente do uso inadequado de drogas⁸.

Em síntese, o programa de redução de danos adotado pela Holanda se mostrou eficiente em reduzir o número de usuários de opióides, os danos à saúde decorrentes do consumo de drogas, o número de mortes por overdose⁹ e o número de infecções por HIV decorrentes do uso inadequado de entorpecentes. Além disso, ao assegurar tratamento

.....
8 Nesse aspecto é o relatório da Netherlands Institute of Mental Health and Addiction (2011, p. 91): “Ao longo desse estudo, verificou-se uma queda acentuada no percentual de usuários de drogas soropositivos nos últimos 20 anos, em especial, quanto aos jovens (com menos de 30 anos de idade). A incidência de novos diagnósticos entre dependentes de drogas injetáveis caiu de 8,5% no ano de 1986 para 0% em 2000, com um ligeiro aumento em 2005, quando dois usuários de drogas injetáveis foram diagnosticados portadores de HIV. Desde então, até o ano de 2009, nenhuma nova infecção pelo HIV foi registrada. O declínio na transmissão do HIV entre usuários de drogas pode ser parcialmente explicado pela diminuição no compartilhamento de injeção, agulha e seringa, embora o comportamento sexual de alto risco ainda persista. A diminuição de novos casos de HIV entre usuários de drogas se contradiz em relação a um ligeiro aumento nos casos de HIV entre homens que têm relações sexuais com homens. Para este grupo, o risco sexual continua aumentando. A participação em dois programas de fácil acesso, o programa metadona e o programa de intercâmbio de seringas reduzem as chances de infecção pelo HIV (e hepatite C)” (traduzido do inglês para o português).

9 A Holanda tem o menor número de óbitos por overdose da Europa.

adequado aos adictos, possibilitou o enfrentamento do vício a partir de uma postura fundada na dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, embora não se apresente como substituto ao tratamento penal das drogas, sua política de redução de danos revela-se medida alternativa mais eficiente que a criminalização.

3.4 A DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO EM PORTUGAL E SUAS MEDIDAS DE REDUÇÃO DE DANOS

Em Portugal o consumo de drogas continua proscrito¹⁰, mas desde 1º de julho de 2001, em razão do advento da Lei 030/2000, a aquisição, posse e consumo de qualquer substância entorpecente deixou de ser tratada através da *ultima ratio* da norma penal.

Por força de referida lei (PORTUGAL, 2000), o uso, a aquisição e a detenção para consumo próprio¹¹ de substâncias estupefacientes ilícitas constituem contraordenação, infração de natureza administrativa sujeita à multa. O julgamento é realizado por um colegiado, formado por assistentes sociais, psicólogos e juristas, intitulado Comissão para a Dissuasão da Toxicodependência, vinculado ao Ministério da Saúde português.

De qualquer forma, a própria multa não poderá ser aplicada se o infrator solicitar a assistência de serviços de saúde, públicos ou privados, garantindo-se o sigilo sobre o tratamento.

Segundo Fernando Henrique Cardoso (2011), no momento em que descriminalizou as substâncias entorpecentes, Portugal quebrou um paradigma. Ao invés de insistir em medidas repressivas ineficazes, quando não claramente contraproducentes, optou por políticas mais cidadãs e eficientes, fundadas na dignidade da pessoa humana.

A lógica da despenalização adotada por Portugal coincide com

10 A legalização não é possível em virtude dos tratados internacionais aos quais Portugal, como tanto outros países, se obriga a combater as drogas. Essa ponderação pode ser encontrada em Domosławski (2011).

11 Assim considerada a quantidade que não exceda o necessário para o consumo médio individual durante o período de dez dias, segundo a lei, para a *cannabis*, vinte e cinco gramas; haxixe, cinco gramas; cocaína, dois gramas; heroína, um grama; LSD ou *ecstasy*, dez comprimidos.

aquela preconizada por Claus Roxin (2001), segundo o qual esta é possível em dois sentidos: 1) eliminando-se dispositivos penais que não sejam necessários à manutenção da paz social, como comportamentos que atingem somente a moral, a religião, o politicamente correto e o próprio agressor, sem causar danos à sociedade; e 2) quando, ainda que haja possibilidade de lesão à sociedade, não se possa atingir o mesmo grau de tutela por meio de medidas outras que não a norma penal. O exemplo oferecido pelo autor, acerca da segunda circunstância, também coincide com o móvel do desígnio português:

Um tal caminho foi encetado pelo direito alemão, por exemplo, ao se criarem infrações de contra-ordenação. Assim, distúrbios sociais com intensidade de bagatela - pequenas infrações de trânsito, barulho não permitido ou incômodos à comunidade - não são mais sujeitos à pena, e, sim, como infrações de contra-ordenação, somente a uma coima (*Geldbusse*). O direito penal do futuro tem aqui um extenso campo - especialmente as numerosas leis extravagantes - para a descriminalização. (ROXIN, 2001, p. 466)

Além disso, a partir da descriminalização quanto ao uso de droga, o poder público pôde implementar, de forma mais incisiva, programas de intercâmbio de seringas e agulhas, prescrição de metadona em substituição à heroína, tratamento psiquiátrico, psicológico e assistência social.

Se na Suíça a adesão aos programas de redução de danos se dá em razão do princípio do *low-threshold*, em Portugal ocorreu de forma mais eficiente ainda por meio da descriminalização. Uma vez que o consumo de droga não é crime, os usuários não se sentem intimidados ou constrangidos em procurar ajuda estatal, mesmo quando desejam apenas a prescrição da metadona e não têm planos para se curar do vício.

Assim, a adesão no programa de redução de danos em Portugal tem sido mais representativa que na Holanda ou Suíça, de forma que, em 2010, “cerca de quarenta mil toxicodependentes submeteram-se a tratamento” (DOMOSŁAWSKI, 2011, p. 32) naquele país.

Como resultado, embora se tenha constatado ligeiro incremento

no índice de adultos a fazer uso de substâncias ilícitas em Portugal, as medidas alternativas tiveram o condão de reduzir: o número de delitos relacionados às drogas entre usuários problemáticos e adolescentes; o volume de recursos gastos na estrutura policial, nos estabelecimentos prisionais e nos processos judiciais; o número de óbitos relacionados com o uso de opióides e doenças infecciosas; e a demanda por heroína (HUGHES e STEVENS, 2010) .

Pode-se citar, ainda, como resultado positivo da política de redução de danos implementada por Portugal, o decréscimo do número de pessoas infectadas por HIV em decorrência do uso inadequado de drogas injetáveis. No ano 2000, ocorreram 2.758 novos diagnósticos de pessoas infetadas com o vírus HIV, das quais 1.430 eram consumidores de drogas, 52% do total. Já em 2008, o número de novos diagnósticos foi de 1.774, dos quais 352 eram consumidores de drogas, o equivalente a 22% (DOMOSŁAWSKI, 2011) . Essa tendência de queda mantém-se até os dias atuais.

Outro aspecto digno de menção diz respeito ao comportamento da demanda por drogas após a descriminalização do consumo. Esperava-se um acréscimo significativo no número de usuários, o que não ocorreu. O incremento foi incipiente para a maioria das drogas (MALINOWSKA-SEMPRUCH, 2011) e basicamente circunscrito aos adultos (HUGHES e STEVENS, 2010) .

Na verdade, a pequena variação no consumo de estupefacientes em Portugal, após a descriminalização do uso, não se mostra diferente da realidade de outros países europeus que ainda consideram delito tal conduta, demonstrando que a inovação legal promovida naquele país, além de representar avanço nas áreas penitenciária e judicial, não foi responsável por qualquer incremento nos índices relacionados ao consumo de drogas ilícitas.

É o que se pode inferir da tabela seguinte, conforme estudo elaborado por Hughes e Stevens (2010, p. 1007) numa análise comparativa entre a situação de Portugal, Espanha e Itália, quanto ao consumo ilícito de substâncias entorpecentes por indivíduos com idade entre 15 e 64, nos anos de 2001 e 2007.

Droga	País								
	Portugal			Espanha			Itália		
	2001	2007	Diferença	2001	2007	Diferença	2001	2007	Diferença
Haxixe	3,3%	3,6%	0,3%	9,7%	10,1%	0,4%	6,2%	14,6%	8,4%
Cocaína	0,3%	0,6%	0,3%	2,2%	3,1%	0,5%	1,1%	2,2%	1,1%
Ecstasy	0,4%	0,4%	0%	1,9%	1,2%	-0,7%	0,2%	0,6%	0,4%
Anfetaminas	0,1%	0,2%	0,1%	1,2%	0,9%	-0,3%	0,1%	0,4%	0,3%

Tabela 3 - Percentual da população adulta de Portugal, Espanha e Itália que fizeram uso de droga nos doze meses anteriores à pesquisa, em 2001 e 2007

O quadro também não é diferente quando se tem como parâmetro os demais Estados da União Europeia e seus índices de consumo de drogas estupefacientes. Da descriminalização quanto à posse de substâncias ilícitas entorpecentes para uso pessoal em Portugal não decorreu qualquer impacto negativo nos índices de consumo ilegal (HUGHES e STEVENS, 2010).

Portanto, deve-se reconhecer que em Portugal, assim como na Holanda, Grã-Bretanha e Suíça, as medidas alternativas à criminalização se mostraram mais eficientes à tutelar a saúde e incolumidade pública que a norma penal, tanto por alcançarem um melhor resultado, como por ser menos custosa ao Estado e aos direitos fundamentais.

3.5 A EXPERIÊNCIA DO URUGUAI

De forma bem-humorada e com evidente duplo sentido, José Alberto Mujica Cordano, o *Pepe Mujica*, então Presidente da República Oriental do Uruguai, afirmou que “viver é experimentar” (BBC, 2014) e legalizou a maconha em dezembro de 2013.

Embora seja recente a experiência do Uruguai, o que praticamente inviabiliza aferir seu impacto na saúde e segurança pública, além de estar circunscrita à *cannabis*, o modelo adotado merece atenção do mundo, mostrando-se alternativa viável às políticas criminais empregadas na proscrição das drogas.

Declarando de interesse público as ações tendentes a proteger, promover e melhorar a saúde pública da população através de uma política orientada a minimizar os riscos e reduzir os danos do consumo de *cannabis*; que promovam a adequada informação, educação e prevenção

sobre as consequências e efeitos prejudiciais associados com o consumo, assim como o tratamento, reabilitação e reinserção social dos usuários problemáticos de drogas (URUGUAY, 2013), o Estado passou a exercer o controle (antes entregue ao narcotráfico) e a regulação das atividades de importação, exportação, plantio, cultivo, colheita, produção, aquisição a qualquer título, armazenamento, comercialização e distribuição de *cannabis* e seus derivados, de forma direta ou por intermédio de instituições devidamente autorizadas.

O objetivo declarado é proteger os habitantes daquele país contra os riscos que implica o vínculo do usuário com o comércio ilegal, buscando, mediante a intervenção do Estado, atacar as devastadoras consequências sanitárias, sociais e econômicas do uso problemático de substâncias psicoativas, assim como reduzir a incidência do narcotráfico e do crime organizado.

Para tanto, criou-se o *Instituto de Regulación y Control del Cannabis* (IRCCA), cuja função é regular as atividades de plantio, cultivo, colheita, produção, elaboração, armazenamento, distribuição e venda de *cannabis*, além de promover e propor ações tendentes a reduzir os riscos e danos associados com o uso problemático da droga.

Dessa forma, passou a ser autorizado o plantio, o cultivo e a colheita domésticos de maconha, desde que para o consumo pessoal (vedado aos menores de 18 anos) ou compartilhado no domicílio, assim entendido como até 6 plantas de *cannabis*, não excedendo o produto da colheita a 480g anuais.

Com a devida autorização do Poder Executivo e sob o controle do *Instituto de Regulación y Control del Cannabis* (IRCCA), também se permite a atividade de plantio, cultivo e colheita para clubes de usuários (entre 15 a 45 membros), cuja lavoura não pode exceder a 99 plantas, limitando-se a obter como produto da colheita um máximo de armazenamento anual proporcional ao número de sócios e conforme a quantidade que se estabeleça em contrato ulterior para o uso não medicinal da maconha.

Medida importante prevista na lei (URUGUAY, 2013), diz respeito à outorga de licença às farmácias para venda de maconha para fins não medicinais, o que atenderia ao público usuário não afeito ao plantio, cultivo e colheita, nem associado aos clubes credenciados.

Em qualquer caso, restou proibida, por quaisquer meios, toda

forma de publicidade, promoção, auspício ou patrocínio da maconha recreativa.

Os efeitos imediatos da legalização, claramente sentidos no Uruguai, correspondem ao fim do narcotráfico da maconha, humanização e desestigmatização do usuário, menos riscos e danos relacionados ao uso dessa específica droga.

No entanto, o impacto na saúde e segurança pública, de modo geral, sempre sensíveis no longo prazo, ainda não pôde ser mensurado com acuidade científica, sobretudo por ser recente a medida de legalização.

O que já se pode afirmar, com segurança, é que a liberação da maconha naquele país não se fez acompanhar em acréscimo substantivo no consumo dessa droga. Estudo atual, promovido pela Junta Nacional de Drogas (URUGUAY, 2015), órgão vinculado à Presidência do Uruguai, revela que 9,3% da população adulta usou maconha nos últimos 12 meses (dados de 2014), em comparação a 8,3% em 2011, o menor aumento identificado em 14 anos. Ou seja, o mais sério argumento contra a legalização, o do incremento do uso, não se confirmou no caso uruguaio.

Assim, importante que a Comunidade Internacional e os Estados soberanos acompanhem de perto a corajosa experiência do Uruguai, dela apreendendo os novos aspectos para o enfrentamento da questão.

4 EFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE REDUÇÃO DE DANOS

Considerando que saúde e incolumidade pública são bens protegidos pela ordem constitucional, cumpre indagar: é possível tutelar tais bens, de forma tão eficiente quanto a norma penal, por meios alternativos?

Importa grifar que as medidas adotadas pelos governos da Suíça, Holanda e Grã-Bretanha não se opõem à criminalização das substâncias entorpecentes, tanto em relação ao tráfico, quanto ao uso. No que pertine às políticas públicas desenvolvidas em Portugal, mesmo com a descriminalização ao nível do usuário, os estupefacientes continuam proscritos e o narcotráfico permanece sendo atividade delitativa. A descriminalização da maconha no Uruguai, por seu turno, é experiência específica, limitada a um único tipo de droga, além de ser muito recente.

Entretanto, os resultados apresentados naqueles países demons-

tram que avançar mais é possível. As políticas alternativas de redução de danos deveriam se apresentar não como ação paralela à criminalização, mas como verdadeira oposição e substituição ao tratamento penal dado às drogas.

Isso porque as medidas alternativas lá experimentadas, no sentido da mitigação dos problemas de saúde e incolumidade pública decorrentes do uso inadequado de drogas, embora ainda tímidas e limitadas pela cogente¹² proscrição das substâncias entorpecentes, apresentam grau de eficiência maior que a norma penal utilizada para o mesmo fim.

Pode-se concluir que a criminalização das substâncias entorpecentes é menos eficiente à tutela dos bens constitucionais (saúde e incolumidade pública) que as políticas de redução de danos. Custam mais ao Estado, em termos econômicos, e ao cidadão, em razão da própria tutela penal, e não obtém os mesmos resultados. A experiência tem demonstrado isso.

Do ponto de vista financeiro, os muitos recursos econômicos dispendidos em razão da guerra contra as drogas, cujo fundamento legal é a criminalização, poderiam ser direcionados a programas de prevenção e tratamento. Lidar com a questão das drogas no âmbito da educação, tem se mostrado mais produtivo que uma abordagem retributiva, de natureza penal. Prover medidas de redução dos riscos, em contraposição à incriminação, equivale a garantir dignidade à pessoa humana¹³.

.....
12 Em razão dos tratados internacionais.

13 Nesse sentido, com ênfase na eficiência econômica, defende Thomas C. Rowe (2006, p. 228): “Deveríamos realocar as verbas atualmente utilizadas na ‘guerra contra as drogas’ focada nas interdições, para programas de tratamento e prevenção. A interdição envolve a eliminação do fluxo de drogas ilícitas, dos campos de cultivo ou dos laboratórios em que elas são fabricadas para o usuário/comprador na rua. Não temos feito um bom trabalho nesse sentido e, em minha opinião, não temos nenhuma razão para pensar que vamos fazer. Prevenção, em grande parte, dependente da educação - usada para convencer as pessoas a não experimentar drogas perigosas. Cada viciado em potencial que optar por não usar droga reduzirá a sobrecarga na sociedade. Este é certamente o modo mais eficiente do uso dos fundos públicos. Essa abordagem também minimiza o dano decorrente das drogas. Fornecer o tratamento adequado àqueles que já estão usando drogas também seria muito mais produtivo, em termos de redução do impacto do abuso de drogas ilícitas, do que tentativas maciças de interdição. Afinal, quando menos pessoas usam uma determinada substância, o tráfico dessa substância tende a diminuir naturalmente, sem qualquer esforço especial por parte do público em geral ou da aplicação da lei. Em outras palavras, atacando a demanda torna-se susceptível de resolução o problema da interdição. Enquanto continuarmos a gastar fortemente na interdição continuaremos apenas a desperdiçar dinheiro” (traduzido do inglês para o português).

Na mesma linha de raciocínio, com ênfase na dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar que as políticas de drogas devem se basear no respeito aos direitos humanos e na preservação da saúde pública. Faz-se necessário promover o fim da estigmatização e marginalização das pessoas que usam drogas e daqueles que estão envolvidos nos níveis mais baixos de seu cultivo, produção e distribuição. É imperativo tratar os dependentes (por razões de vício ou econômicas) de estupefacientes como pacientes e não como criminosos (COMISSÃO GLOBAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS, 2011). Ainda na mesma série de pensamento, com o viés da racionalidade:

De este modo, la droga es fundamentalmente una forma de huida. Intentar alejar la droga del individuo mediante una ley represiva, es una solución indirecta: se ha de reformar la estructura social y la arquitectura vital y educación del individuo, haciendo desaparecer las motivaciones que conducen al consumo 'abusivo' de droga; motivaciones eminentemente personales que al coincidir en gran número de individuos permite contemplar la drogadicción como un fenómeno social. El hombre bebe como consecuencia de su natural tendencia al estado artificial progresivo de felicidad, seguridad, euforia y bienestar. La sustancia está al servicio del hombre, es medio de alivio y comunicación social, materia creadora de sueños que permite un alejamiento necesario de las formas de pensar y vivir cotidianas. (ESCUADERO MORATALLA e FRÍGOLA VALLINA, 1996)

Pode-se afirmar também, em juízo prognóstico¹⁴, que os programas de redução de danos seriam bem mais eficazes em um ambiente de legalização das drogas. A proscrição dos estupefacientes impede sua prescrição para fins não terapêuticos, ainda que promovida pelo Estado¹⁵.

.....
14 Se a necessidade pode ser inferida em prognose para limitar os direitos fundamentais, o mesmo é permitido para afastar a incidência de norma incriminadora ante a perspectiva de medida menos gravosa aos direitos do cidadão.

15 A esse respeito: "muitos países ainda reagem perante às pessoas dependentes de drogas com prisão e estigmatização. Na realidade, a dependência de drogas é uma complexa condição de saúde que tem uma combinação de causas - sociais, psicológicas e físicas (incluindo, por exemplo, difíceis condições de vida, uma história de trauma pessoal ou pro-

É que, por traficantes ou pelo Poder Público, a demanda por drogas será sempre suprida. Se pelo último, mitiga-se os riscos inerentes ao consumo e tem-se a oportunidade de tratar o adicto. A regulação, já presente em relação ao álcool e o tabaco, mesmo se aplicada de forma mais rígida, apresenta-se como meio alternativo, menos gravoso que a norma penal. O controle da produção e distribuição também se apresenta como alternativa à proscrição das drogas.

A regulação (meio alternativo) se mostra mais adequada que a clandestinidade do consumo e da distribuição das drogas, própria da proscrição. É nesse sentido, embora reconhecendo que a legalização das substâncias entorpecentes possa incrementar o número de usuários e adictos, que Thomas C. Rowe (2006, p. 2637) suscita pesquisa realizada pela *University of Maryland*, também citada por Mike Gray (1998, p. 291), na qual os estudantes de ensino médio relataram que a maconha é mais fácil de ser adquirida que bebidas alcoólicas:

One of the classic arguments against legalization is that if a drug were legal, then more and more people would use it. It is very difficult to refute this argument when we consider the widespread use of alcohol and tobacco. However, when we look deeper into that criticism, what seems to worry people most is that youths, or teenagers, will be using dangerous drugs at higher and higher rates, creating a nation of addicts. A partial answer to that particular argument is found in a survey done by the University of Maryland [...]. High school students reported the most difficult drug to obtain was not marijuana but alcohol (not that alcohol is all that difficult to obtain). Why would marijuana be easier to get than a drug that virtually permeates our society? The answer is obvious: alcohol distribution is controlled through government-regulated businesses, but those who control the distribution of

.....
 problemas emocionais). Tentar lidar com esta situação complexa mediante sobretudo penas severas é ineficiente - pode-se conseguir um sucesso muito maior por meio do acesso a uma gama de serviços de tratamentos de eficiência comprovada. Os países que trataram os cidadãos dependentes de drogas como pacientes que necessitam de tratamento, ao invés de criminosos a serem encarcerados, obtiveram resultados extremamente positivos em termos de redução do crime, melhorias da saúde e superação da dependência" (COMISSÃO GLOBAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS, 2011, p. 6).

marijuana are not so constrained¹⁶.

No entanto, descriminalizar as substâncias estupefacientes, tanto em relação ao uso, quanto em razão da produção e da comercialização, ou mesmo considerar inconstitucional a proscrição penal das drogas, demanda ponderar sobre que políticas públicas poderiam ser implementadas para mitigar os problemas de saúde e segurança pública relacionados com o consumo.

Não atenderia ao interesse público, consubstanciado principalmente nos aspectos sanitários e de segurança, simplesmente legalizar ou descriminalizar todas as substâncias estupefacientes, quanto ao consumo, produção e comercialização, sem a implementação de medidas alternativas eficazes a mitigar substancialmente os riscos que lhe são inerentes. Ou seja, a regulamentação haveria de ser concomitante à liberação.

Nesse aspecto, é razoável afirmar que a Comunidade Internacional e os Estados soberanos têm larga e exitosa experiência em controlar e regulamentar drogas perigosas, sem a necessidade de proscrevê-las ou criminalizá-las. Alcool e tabaco são os exemplos mais enfáticos.

A liberação das drogas, atualmente tida por ilícitas, poderia ser acompanhada de uma série de restrições que, não obstante limitar a liberdade do uso, produção e comercialização, tal qual já ocorre com as bebidas alcoólicas e com o fumo.

Quanto ao usuário, o consumo de estupefacientes, atualmente ilegais, ficaria restrito aos ambientes privados, adstrito ao recôndito da intimidade, não sendo permitido em locais públicos ou de livre acesso. O descumprimento dessa imposição implicaria em infração de natureza administrativa. Com menor rigor e extensão, tal limitação já se impõe ao cigarro.

Não seria permitido desenvolver algumas atividades sob o efeito

.....
16 “Um dos argumentos clássicos contra a legalização é que na medida em que droga se torna legal, mais e mais pessoas passam a usá-la. É muito difícil refutar este argumento quando consideramos o uso generalizado de álcool e tabaco. No entanto, quando analisamos mais profundamente essa crítica, o que parece preocupar mais as pessoas é o fato de que jovens ou adolescentes estariam usando drogas perigosas a preços cada vez mais altos, de forma a criar uma nação de viciados. Uma resposta parcial para este argumento em particular encontra-se em uma pesquisa feita pela Universidade de Maryland [...]. Estudantes secundaristas relataram que a droga mais difícil de obter não é a maconha, mas, o álcool (não que álcool seja tão difícil de obter). Por que maconha seria mais fácil de conseguir do que uma droga que praticamente permeia nossa sociedade? A resposta é óbvia: a distribuição de álcool é controlada por meio de empresas sujeitas à regulação pública, o que não ocorre com aqueles que controlam a distribuição da maconha” (traduzido do inglês para o português).

de substâncias entorpecentes, como dirigir, trabalhar *et coetera*, cuja infração estaria sujeita às mesmas cominações legais inerentes às bebidas alcoólicas.

No que pertine à produção e comercialização, as restrições que se impõem à indústria farmacêutica, de bebidas alcoólicas e do fumo são experiências aptas a conduzir a elaboração de um marco regulatório para os estupefacientes.

O controle da composição e pureza das drogas entorpecentes poderia ter por parâmetro àquela já exercida sobre a indústria farmacêutica. Assim como acontece com o álcool e o tabaco, a venda seria proibida para crianças e adolescentes. E, tal qual o cigarro e alguns medicamentos, a propaganda não seria permitida.

A produção e comercialização não regulamentar seria proibida, como já ocorre com as bebidas alcoólicas, fumo e medicamentos. No entanto, tal qual álcool e cigarro, não seria um problema sério, face ao desestímulo à atividade clandestina provocado pela queda nos preços, decorrente da livre concorrência e da legalização em si, o que afastaria o crime organizado dessa atividade.

A sistemática de tributação poderia ter por base àquela cominada à indústria tabagista, responsável por recolher US\$133 bilhões em impostos, anualmente, no mundo. Destes, menos de US\$1 bilhão são atualmente empregados em medidas antitabagistas (WHO, 2011). Os recursos provenientes da arrecadação seriam integralmente direcionados aos programas de redução dos danos.

Enfim, comparando-se a norma criminal que, visando tutelar a saúde e a incolumidade pública, proscree o uso e a comercialização das drogas, com os meios alternativos à disposição do Estado, objeto da presente avaliação das políticas públicas, pode-se afirmar, com segurança, serem mais eficientes as políticas de redução de danos.

5 CONCLUSÃO

Assim, avaliando-se as políticas públicas relacionadas com os problemas produzidos pelo consumo de entorpecentes, pode-se afirmar que a criminalização das substâncias entorpecentes se mostra menos eficiente à tutela dos bens constitucionais (saúde e incolumidade pública)

que as políticas de redução de danos. Custam mais ao Estado, em termos econômicos, e ao cidadão, em razão da própria tutela penal, e não obtém os mesmos resultados, pelo que se pode afirmar sua desnecessidade e consequente desproporcionalidade, condutora à inconstitucionalidade.

6 BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, H. B. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 215, 1999. 151-179.

BBC. Mujica legaliza maconha e diz que ‘viver é experimentar’. **BBC Brasil**, 07 maio 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/05/140507_mujica_entrevista_fl>. Acesso em: 20 nov. 2016.

CARDOSO, F. H. Prefácio à edição portuguesa. In: DOMOSIÅWSKI, A. **Política da Droga em Portugal**: os benefícios da descriminalização do consumo de drogas. Tradução de Nuno Portugal Capaz. Warsaw: Open Society Foundations, 2011.

CITIZEN Kane. Direção: Orson Welles. Produção: Orson Welles. Intérpretes: Orson Welles; Joseph Cotten; Dorothy Comingore e Agnes Moorehead. [S.l.]: RKO Radio Pictures. 1941.

COMISSÃO GLOBAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS. **Guerra às Drogas**: Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas. [S.l.]. 2011.

DOMOSIÅWSKI, A. **Política da Droga em Portugal**: os benefícios da descriminalização do consumo de drogas. Tradução de Nuno Portugal Capaz. Warsaw: Open Society Foundations, 2011.

ESCUADERO MORATALLA, J. F.; FRÍGOLA VALLINA, J. Enfoque criminológico de la drogodependencia y otros conceptos penitenciários. **Cuadernos Jurídicos**, jun. 1996. Disponível em: <<http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200108-8551727610152071.html>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

GRAY, M. **Drug crazy**: how we got into this mess and how we can get out. New York: Random House, 1998.

HOWLETT, M. **Política pública**: seus ciclos e subsistemas. Uma abordagem integradora. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

HUGHES, C. E.; STEVENS, A. What Can We Learn from the Portuguese Decriminalization of Illicit Drugs? **British Journal of Criminology**, Oxford, 50, n. 6, 21 jul. 2010. 999-1022.

KILLIAS, M.; AEBI, M. F. The impact of heroin prescription on heroin markets in Switzerland. **Crime Prevention Studies**, Monsey, 11, 2000. 83-99.

MALINOWSKA-SEMPRUCH, K. Prefácio. In: DOMOSIÅWSKI, A. **Política da Droga em Portugal**: os benefícios da descriminalização do consumo de drogas. Tradução de Nuno Portugal Capaz. Warsaw: Open Society Foundations, 2011.

MILLAR, T. et al. **Changes in offending following prescribing treatment for drug misuse**. National Treatment Agency for Substance Misuse. London. 2008.

NETHERLANDS NATIONAL DRUG MONITOR. **NDM Annual Report 2010**. Netherlands Institute of Mental Health and Addiction. Utrecht. 2011.

PORTUGAL. **Lei 030 de 29 de novembro de 2000**. [S.l.]. 2000.

ROWE, T. C. **Federal narcotics laws and the war on drugs**: money down a rat hole. New York: Routledge, 2006. Kindle.

ROXIN, C. Tem futuro o direito penal? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 90, n. 790, ago. 2001.

URUGUAY. **Ley 19.172**. [S.l.]. 2013.

URUGUAY. **VI Encuesta Nacional en Hogares sobre Consumo de Drogas**. Presidencia de la República. Montevideo. 2015.

VAN AMSTERDAM, J. et al. Ranking the harm of alcohol, tobacco and illicit drugs for the individual and the population. **European Addiction Research**, Basel, 16, 2 July 2010. 203- 207.

WERB, D. et al. **Effect of Drug Law Enforcement on Drug-related Violence**: Evidence from a Scientific Review. International Centre for Science in Drug Policy. Vancouver. 2010.

WHO. **WHO report on the global tobacco epidemic, 2011**: warning about the dangers of tobacco. World Health Organization. Geneva. 2011.

WHO. **WHO report on the global tobacco epidemic, 2015: raising taxes on tobacco**. World Health Organization. Geneva. 2015.

WHO; UNODC; UNAIDS. **WHO, UNODC, UNAIDS technical guide for countries to set targets for universal access to HIV prevention, treatment and care for injecting drug users – 2012 revision**. World Health Organization; United Nations Office on Drugs and Crime; United Nations Programme on HIV/AIDS. Geneva. 2012.

WILL, G. F. A reality check on drug use. **Washington Post**, Washington, 29 out. 2009.

WOODIWISS, M. **Gangster Capitalism**: The United States and the Globalization of Organized Crime. New York: Carroll & Graf Publisher, 2005.

YACOBUCCI, G. **El sentido de los principios penales**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, E. R. et al. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, v. I, 2011.

4

Corrupção ideológica dos valores e princípios da justiça restaurativa pelas facções criminosas

.....
Jailson Alves Nogueira¹
Lauro Gurgel de Brito²

Resumo:

Num contexto em que se buscam alternativas para evitar a participação de adolescentes em facções criminosas, o presente trabalho tem como objetivo central estudar a corrupção ideológica dos valores da Justiça Restaurativa pelas facções criminosas a partir dos relatos dos adolescentes internados no Centro de Atendimento Socioeducativo (CASE). Inicialmente, buscamos compreender em que consiste a Justiça Restaurativa além de compararmos a perversão ideológica dos seus valores e princípios pelas facções criminosas. O artigo é de cunho teórico e empírico, do tipo exploratória, realizada a partir de revisão bibliográfica e relatos de adolescentes que cumpriam medida socioeducativa de internação no CASE, no ano de 2017, acessados via instrumentos de coletas de dados, contidos no banco de dados do Projeto de Extensão Direitos Humanos na Prática, vinculado à Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA). Nosso aporte teórico se pautou em autores que versam sobre a temática da adolescência (Sergio Adorno), facções criminosas

.....
1 Graduado em Direito e mestrando em Ciências Sociais e Humanas pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Email: jailsonalvesuern@hotmail.com.

2 Professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Doutor em Direito pela Universidade de Brasília.

(Jailson Nogueira e Ramon Oliveira) e Justiça Restaurativa (Howard Zehr e *Terre des Hommes Lausanne* Brasil). Foi possível observar que as facções criminosas se apropriam dos valores da Justiça Restaurativa, mesmo que involuntariamente, e lhes corrompem, pela ideologia, no intuito de arregimentar novos membros, sobretudo adolescentes que se encontram em vulnerabilidades e em estágio peculiar de desenvolvimento.

Palavras-chave: Adolescentes. Facções criminosas. Justiça Restaurativa. Corrupção ideológica.

Abstract:

In a context in which alternatives are sought to avoid the participation of adolescents in criminal factions, the main objective of this study is to study the ideological corruption of Restorative Justice values by criminal factions based on the reports of adolescents admitted to the Centro de Asistencia Socioeducativo (CASE)). Initially, we sought to understand Restorative Justice in addition to comparing the ideological perversion of its values and principles by the criminal factions. The article is of a theoretical and empirical nature, exploratory, carried out based on a bibliographical review and reports of adolescents who completed a socioeducational measure of hospitalization in the CASE, in the year 2017, accessed through instruments of data collection, contained in the database of the Human Rights Extension Project in Practice, linked to the Federal Rural Semiarid University (UFERSA). Our theoretical contribution was based on authors that deal with the themes of adolescence (Sergio Adorno), criminal factions (Jailson Nogueira and Ramon Oliveira) and Restorative Justice (Howard Zehr and *Terre des Hommes Lausanne* Brazil). It was possible to observe that the criminal factions seize the values of Restorative Justice, even if involuntarily, and corrupt them, by ideology, in order to bring in new members, especially adolescents who are in vulnerabilities and at a peculiar stage of development.

Keywords: Adolescents. Criminal factions. Restorative justice. Ideological corruption.

INTRODUÇÃO

O fenômeno das facções criminosas, que teve início no final da década de 1970 e foi gestado nos presídios brasileiros, hoje, se fazendo presente, também, nos centros educacionais, atinge parcela dos adolescentes que se encontram em vulnerabilidades psicossociais. Já a Justiça Restaurativa e suas práticas vem sendo implementada no Brasil, com a qual se almeja dirimir conflitos negativos presentes na sociedade, sendo norteada por seus valores e princípios, os quais, são utilizados e corrompidos pelos grupos facciosos.

Diante disso, tomando por base os relatos dos adolescentes internados no Centro de Atendimento Socioeducativo Mossoró/RN (CASE), o presente trabalho aborda a questão da corrupção ideológica dos princípios e valores da Justiça Restaurativas pelas facções criminosas.

O artigo surge num contexto em que as práticas restaurativas vêm demonstrando eficácia na resolução positiva de conflitos, fundadas em princípios e valores que fortalece os vínculos dos sujeitos e, por outro lado, um panorama em que se buscam alternativas para conter a participação de adolescentes em facções criminosas.

Assim, partindo dos relatos dos adolescentes internados no Centro de Atendimento Socioeducativo Mossoró/RN (CASE), indagamos como as facções criminosas pervertem, mesmo que involuntariamente, os princípios e valores que norteiam a Justiça Restaurativa?

Inicialmente, buscaremos compreender as principais características da Justiça Restaurativa. Posteriormente, apresentaremos os princípios e valores que norteiam a Justiça Restaurativa, comparando com os relatos dos adolescentes que cumprem medida socioeducativa de internação no CASE acerca das relações interpessoais dentro das facções criminosas.

O trabalho é de cunho teórico e empírico, do tipo exploratória, realizada a partir de revisão bibliográfica e relatos de adolescentes que cumpriam medida socioeducativa de internação no CASE.

Os relatos dos adolescentes foram retirados de 3 (três) Instrumentos de Coleta de Dados que estão contidos no banco de dados do Projeto de Extensão Direitos Humanos na Prática, vinculado à UFERSA, referentes aos socioeducandos que cumprem medida socioeducativa de

internação no (CASE).

Nosso aporte teórico se pauta em autores que versam sobre a temática da adolescência (Sergio Adorno), participação de adolescentes em facções criminosas (Jailson Nogueira e Ramon Oliveira) e Justiça Restaurativa (Howard Zehr e *Terre des Hommes Lausanne* Brasil).

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa (JR) se inspira em valores de povos tradicionais, sobretudo aborígenes e indígenas (*Maoris* e *Navajos*), em busca de resolução positiva de conflitos. Nessas comunidades indígenas e aborígenes, o interesse pelo coletivo suplantara o interesse individual, o que fazia emergir uma preocupação em encontrar uma solução rápida para a quebra de vínculos dos indivíduos da comunidade. A principal estratégia não é outra senão a dialogicidade, pois busca incentivar a participação ativa dos sujeitos atingidos pelo conflito, a saber: vítima, ofensor e sociedade.

É importante observarmos que o cerne da Justiça Restaurativa está em se voltar a amparar as vítimas, mas não se restringe a isso. Por meio de suas práticas restaurativas, ela tem *know how* capaz ressignificar valores, ou seja, “ela traduz uma visão do bem e de como queremos conviver” (ZEHR, 2008, p. 265). Isso é uma forma de oportunizar uma maior valorização e participação dos envolvidos num conflito.

O encontro entre os sujeitos envolvidos no rompimento dos vínculos busca criar condições para que vítima, ofensor e comunidade participem do processo de resolução de conflitos, almejando criar uma cultura de paz entre os sujeitos, assim como na sua comunidade. É de fundamental importância a inserção da comunidade, pois a repercussão do conflito não atinge só a vítima e ofensor, mas toda a coletividade que os ladeiam, tornando-se, também, sujeitos prejudicados pelas práticas conflituosas.

Vista como uma alternativa ao modelo tradicional de justiça, a Justiça Restaurativa possui suas singularidades. A principal diferença está na forma de abordar os indivíduos envolvidos em conflitos. Enquanto a tradicional parte da concepção de que deve haver culpa, perseguição, imposição, castigo e coerção, a via restaurativa é calcada numa

abordagem voltada à responsabilidade, encontro, diálogo, reparação do dano e coesão entre os envolvidos no conflito, facilitado e articulado pela comunidade (CARVALHO; SILVA, 2015).

Há valores humanos não taxativos que norteiam a Justiça Restaurativa, tais como: respeito, honestidade, participação democrática dos sujeitos nas tomadas de decisões, confiança, humildade, compartilhamento, inclusividade, empatia e coragem (no sentido de encarar os desafios que a vida proporciona).

A Justiça Tradicional vê o conflito como um dano ao Estado, uma transgressão à lei, fundamentando-se na legalidade para criar uma cultura punitivista na sociedade. Ela busca respostas para 3 (três) perguntas que norteiam seu paradigma retributivo: qual norma do ordenamento jurídico foi infringida? Quem é o autor da transgressão legal? Qual o castigo/suplício deve ser imposto ao sujeito que transgrediu a lei?

Já a Justiça Restaurativa, funda-se no paradigma da restauração e se preocupa com os relacionamentos dos sujeitos envolvidos nos conflitos. A partir dessa noção, podemos chegar aos responsáveis pela infração e saber quais suas necessidades para que haja, se possível, uma reparação do dano causado (ZEHR, 2008). Assim, a Justiça Restaurativa se “afasta de conceitos como sociedade, estado, escola, leis e regras, voltando-se para a maneira como as situações específicas afetaram pessoas e relacionamentos” (ELIOT, 2007, p. 4). A prioridade é das e nas pessoas envolvidas no conflito.

A proposta da Justiça Restaurativa não visa incentivar a impunidade de quem praticou ilícitos, mas fazer com que os ofensores compreendam quais as consequências dos seus atos e quais bens juridicamente protegidos foram atingidos com sua atitude. Assim, dentro das suas possibilidades, o autor da infração deve assumir a responsabilidade e corrigir o dano causado. Em outras palavras,

a justiça restaurativa nos faz lembrar da importância dos relacionamentos, nos incita a considerar o impacto de nosso comportamento sobre os outros e as obrigações geradas pelas nossas ações. Ela enfatiza a dignidade que todos merecemos. Talvez, portanto, a justiça restaurativa de fato sugira um modo de vida (ZEHR, 2008, p. 265).

Apoiada em valores e princípios que incentivam o diálogo, ela vem se portando como uma forma de resolução positiva de conflitos com

as mais diversas transversalidades. São utilizadas em resolução de conflitos familiares, trabalhistas, conflito de sujeitos nos espaços de restrição de liberdade (penitenciárias e centros educacionais), disputas por terras e conflitos escolares entre estudantes e professores.

As metodologias restaurativas almejam a realização de uma justiça social que se volte a pontenciar a aproximação entre os indivíduos, compreensão de múltiplos significados de “justiças” e participação ativa das pessoas envolvidas nas tomadas de decisões. Nesse sentido, a Justiça Restaurativa se mostra “como uma possibilidade de Justiça calcada em valores e relações interpessoais (multiplicidade humana e valorativa) onde se propõe a restauração da responsabilidade, da liberdade e da harmonia que existem nos grupamentos sociais” (SALM; LEAL, 2012, p. 196).

Dentro da Justiça Restaurativa há “justiças especializadas”, como é o caso da Justiça Juvenil Restaurativa, voltada a solucionar positivamente os conflitos na adolescência. Consideramos a Justiça Juvenil Restaurativa como uma metodologia extrajudicial de resolução positiva de conflitos em que se busca diminuir os índices de violências que envolve crianças, adolescentes, como também adolescentes em conflito com a lei.

Na seara da socioeducação, a Lei 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), prevê, em seu artigo 35, inciso III, que a execução das medidas socioeducativas deve ser regida, também, pelo princípio que dá prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas. A previsão legal surge a partir de um contexto em que os adolescentes passam a se envolverem em atividades ilícitas.

ADOLESCENTES EM CONTEXTO DE CORRUPÇÃO IDEOLÓGICA PELAS FACÇÕES CRIMINOSAS

As facções criminosas têm ganhado notoriedade nos veículos de comunicação nos últimos anos, apesar desse fenômeno não ser novo, pois no final da década de 1970, nos presídios do Rio de Janeiro, presos comuns se inspiraram nos ideais dos presos políticos e buscaram uma coesão para se defenderem da opressão estatal (AMORIN, 2003).

Atualmente, esses grupos criminosos atuam com uma nova roupagem, pois possibilita, através dos seus códigos jurídicos, a participação de adolescentes (NOGUEIRA; OLIVEIRA, 2017), o que, até então, não se tinha notícia. Ao se deparar com o problema, o Estado passa a negar a existência das facções criminosas, assegurando que é uma “invenção” midiática (DIAS, 2013). O Estado não consegue dar outra resposta senão a repressão e negação de direitos básicos. Essa negação estatal serve como combustível para as facções “abracem” os adolescentes que se encontram em vulnerabilidades psicossociais.

Historicamente, os adolescentes foram vistos como seres transformadores da realidade posta, nos mais diversos vieses, seja no campo político, mercadológico, científico ou social (ADORNO, 2010). Porém, na contemporaneidade, esses sujeitos vêm passando por um processo de ressignificação comportamental, uma espécie de falsa autonomia que mais compromete do que contribui para o seu desenvolvimento.

A (falsa) autonomia faz os adolescentes se sentirem poderosos, “movidos por uma lógica social própria à sua geração” (ADORNO, 2010, p. 2). Essa fragilidade abre espaço para que eles sucumbam diante das ofertas sedutoras que as facções criminosas dispõem, que se aproveitam das lacunas deixadas pelo Estado, família e comunidade para arregimentá-los e torná-los sujeitos transformadores da realidade, só que por meio de práticas ilícitas e criando vínculos com as facções criminosas.

A participação dos adolescentes em facções criminosas está relacionada com múltiplos fatores, envolvendo questões psíquicas (emocionais) e financeira (materiais). A necessidade de pertencer, poder, masculinidade enquanto virilidade, consumismo e territorialidade potencializam a sua participação nessas organizações delinquentiais (NOGUEIRA, 2018).

Nas primeiras décadas de sua “fundação”, as facções criminosas se voltaram ao sistema penitenciário, o que restou caracterizado, até hoje, como um fenômeno com matrizes nos subumanos presídios do país. Mas as facções romperam as barreiras do sistema carcerário e adentraram nas comunidades periféricas empobrecidas materialmente, assim como no sistema socioeducativo, aproveitando o vácuo deixado pelo Estado, sobretudo no que se refere a ausência de políticas públicas voltadas a diminuir as vulnerabilidades socioeconômicas.

Nesse sentido, almejando sua segurança pessoal, o adolescente

busca nas facções criminosas respostas e significados para sua existência e encontra, na sua “filiação” o álibi que garante a sua concepção de sujeito vivo, alienando-se às exigências do grupo. Assim, os ideais lícitos dos adolescentes são engolidos pelos ideais das facções criminosas.

Esses grupos despertam interesses dos sujeitos onde as vulnerabilidades socioeconômicas são mais acentuadas. Diante disso, os adolescentes das comunidades empobrecidas materialmente se mostram como “presas fáceis”, já que, além de estarem em vulnerabilidades socioeconômicas (materiais), soma-se ao fato de estarem em peculiar estágio de desenvolvimento e em vulnerabilidade emocional e simbólica.

Em pesquisa² realizada nos anos de 2017 e 2018, analisamos quais as razões identificadas nos discursos dos adolescentes para sua participação em facções criminosas, levando em consideração os dados colhidos no Centro de Atendimento Socioeducativo Mossoró/RN (CASE)³, pelo Projeto de Extensão Direitos Humanos na Prática, vinculado à Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA).

O referido projeto orienta adolescentes que cumprem medidas socioeducativas de Internação acerca da sua situação processual, bem como atua com práticas restaurativas no sistema socioeducativo, sobretudo no Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), na cidade de Mossoró/RN, onde adolescentes cumprem medida socioeducativa de Liberdade Assistida (LA).

Em contato com os adolescentes internados no CASE, durante a nossa pesquisa de Trabalho de Conclusão de Curso, podemos identificar que eles possuem carências, psíquicas e materiais, via de regra, são supridas por facções criminosas. Dentre as seduções das facções criminosas, podemos citar: empoderamento dos adolescentes, desperta o sentimento de pertencimento, gera sensação de coletividade, exalta o respeito entre os membros, atua com horizontalidade (mesmo havendo liderança desconhecidas), preza pela honestidade com seus pares, potencializa a

.....
2 Para obter mais detalhes, consultar: NOGUEIRA, Jailson Alves. **Enquanto o Estado nega, as facções criminosas abraçam**: uma abordagem a partir dos relatos dos adolescentes internados no Centro Educacional Mossoró-RN (CEDUC). 148f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Mossoró, RN, 2018.

3 Em novembro de 2018, por meio da portaria 255/2018, as unidades de internação de adolescentes que cometem atos infracionais, do estado do Rio Grande do Norte, deixaram de ser chamadas de Centro Educacional (CEDUC) e passaram a receber o nome de Centro de Atendimento Socioeducativo (CASE).

participação dos adolescentes nas tomadas de decisões das facções e dá voz aos sujeitos, atitudes que se assemelham a uma democracia participativa, mesmo que seja para praticar atividades ilícitas.

Essas estratégias são terrenos férteis para despertar o interesse dos adolescentes em fazer parte desses grupos, ocorrendo uma corrupção ideológica dos valores e princípios da Justiça Restaurativa. Utilizando-se do termo “perversão ideológica”, Ferraz Junior (1974, s. p.) assegura que esse fenômeno “só ocorre em sociedades cuja complexidade atinge um ponto tal que não é mais possível organizar e controlar os conflitos em nome da Justiça ou da Liberdade, pois tais valores se tornaram vazios e abstratos”. Ainda, para conceituar a perversão ideológica ele cita o exemplo do “uso indiscriminado da palavra democracia, capaz de ser utilizado em contextos radicalmente diferentes”.

Os valores variam de acordo com a necessidade de agir, são transformados a partir do interesse de cada ideologia. Por isso, “não se fala mais em justiça, mas em justiça-no-sentido-liberal ou conservador ou comunista, etc. Não se fala mais em democracia, mas em democracia-no-sentido-progressista, desenvolvimentista, ocidental, popular, etc.” (FERRAZ JUNIOR, 1974, s. p.).

Diante disso, conceber as facções criminosas como instituições efetivadoras de direitos não é uma concepção vã, já que perverter os valores humanos tem sido corriqueiro atualmente, sobretudo no sistema político brasileiro. Essa perversão do sistema político é escancarada quando “o poder é dado aos políticos para que realizem aqueles valores. Mas o objetivo da sua atividade passa a ser a manutenção daquele poder que, de meio, passa a ser o fim real de sua ação” (FERRAZ JUNIOR, 1974, s. p.).

Nas facções criminosas não é diferente, elas corrompem e transformam os valores de justiça em vingança, paz em anti-paz, liberdade em democracia facciosa. É importante mencionar que “o perigo da manipulação ideológica está numa perda de contato com a própria complexidade do sistema que pode, no limite, tornar-se totalmente indeterminável” (FERRAZ JUNIOR, 1974, s. p.). Assim, os valores e símbolos são corrompidos no sentido de potencializar as atividades ilícitas de interesse do próprio grupo.

Essa corrupção não é um confronto direto entre facções criminosas e Justiça Restaurativa, mas uma similitude entre as estratégias de

abordagem, podendo-as ser utilizadas para fins ilícitos (facções criminosas) ou para a construção de uma paz social (Justiça Restaurativa), a depender de qual viés ideológico triunfará.

ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS RELATOS FACCIOSOS DOS ADOLESCENTES E OS PRINCÍPIOS E VALORES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Os princípios e valores da Justiça Restaurativa precisam ser blindados em relação à perversão/corrupção praticadas pelas facções criminosas, pois ela possui um campo fértil capaz de se ajustar a diversas realidades em prol da pacificação social. Valoriza a autonomia dos adolescentes e potencializa o diálogo entre os envolvidos num conflito, identificando suas necessidades, uma abordagem que leva em consideração a complexidade humana (TERRE DES HOMMES, 2013). Ainda, atuam a partir de valores e princípios democráticos, respeito e liberdade, com comunicação não-violenta, com abordagens de aproximação, escuta sensível, entre outros.

Não há, na Justiça Restaurativa, um rol taxativo de princípios e valores que norteiam a sua atuação. Ela ganha contorno específicos de acordo com o local onde está sendo implementada, o que a faz ter uma multiplicidade de princípios e uma gama de valores, assim como cada autor tem seu aporte principiológico, a depender da sua base epistemológica.

Ela promove valores universais, tais como o respeito, igualdade, fortalecimento dos vínculos afetivos, uma interconexão dos relacionamentos, fundada a partir de uma visão ética do cuidado entre os indivíduos. Para tanto, mostra-se necessário a construção de uma justiça que contribua para a emancipação dos adolescentes e de promover princípios democráticos. Os princípios devem ser intrincados com os valores, comunicando-se entre si, fundando-se na observância e respeito aos direitos humanos, fugindo de corrupção ideológica da sua essência, seja de quem for, da criminalidade ou dos ditos incorruptíveis.

Nesse sentido, essa concepção de justiça pode contribuir com os

adolescentes que se encontram em vulnerabilidade, negados pelo Estado, família e sociedade, a não participarem de facções criminosas. Ela atua no sentido de fortalecer e restaurar vínculos, reforçar o sentimento de pertencimento dos sujeitos, (re)significar ideias, afirmar identidade e territorialidade, busca dialogar com todos os afetados pelo problema, dá voz, empodera, exige do Estado, mas não depende dele (ZEHR, 2008).

Os princípios da Justiça Restaurativa são pontos de partidas para sua compreensão e dialogam com valores humanos que buscam potencializar nos sujeitos do conflito um sentimento de pertencimento, solidariedade, cooperação, escuta sensível, participação e poder de fala, tornando-os parte importante dentro do processo de solução de controvérsias. Assim, “os princípios básicos da justiça restaurativa constituem orientações que a maioria de nós gostaria que regessem o nosso convívio diário” (ZEHR, 2008, p. 265). Em seguida, compararemos os relatos dos adolescentes internados no CASE com os princípios e valores da Justiça Restaurativa.

A partir de agora, faremos referência a alguns princípios e valores que contribuem para fazer da Justiça Restaurativa um novo paradigma de resolução positiva de conflitos. Não é nosso objetivo detalhá-los ou esgotar a gama de princípios que há nela, mas dialogaremos com alguns que consideramos vitais para compararmos com as relações interpessoais dos adolescentes que dizem fazer parte de facções criminosas. As abordagens das facções criminosas para incentivar a criação de vínculos dos adolescentes com o grupo, guardadas as proporções, aproximam-se de alguns princípios e valores da Justiça Restaurativa, cada uma com seu viés e interesse ideológico.

Um dos princípios norteadores da Justiça Restaurativa, e que também observamos nos relatos dos adolescentes, é o princípio da voluntariedade. Esse princípio orienta que não deve haver imposição para que os sujeitos envolvidos em um conflito participem de práticas restaurativas, devendo prezar por uma adesão voluntária. Durante o processo de convencimento, as partes são orientadas acerca dos direitos e deveres nos processos tradicionais e restaurativo, mas essas orientações não podem ser travestidas de coerção. Se isso ocorrer, a restauração resta comprometida. A voluntariedade gera um vínculo e um compromisso com a justiça, almejando a transformação da conduta individual com repercussão coletiva/social da qual os sujeitos fazem parte.

Por outro lado, de acordo com os relatos dos adolescentes, nas relações interpessoais das facções também existe a noção de voluntariedade, não havendo uma obrigatoriedade para que os adolescentes participem do grupo, como nos relata o adolescente B: “a facção só chega se o boy for do crime. Se o boy for sossegado ele é respeitado e protegido pela facção” (NOGUEIRA, 2018, p. 109)

Após sua entrada, mesmo havendo regras dentro facção a ser cumprida, os adolescentes podem acatar ou não determinadas orientações do grupo. Isso é o que ocorre com a figura do “salve”⁴. “Muita gente pensa que todo ‘salve’ precisa ser cumprido. Não é porque se dá um ‘não’ que o irmão vai ser cobrado. O salve é encarado como um direito e um dever, mas sem opressão” (NOGUEIRA, 2018, p. 103). Nesse sentido, percebemos que as estratégias da voluntariedade também guiam as ações das facções criminosas, cada uma buscando seus interesses específicos e dentro da sua matriz ideológica, lícita ou ilicitamente.

Atuar a partir da voluntariedade contribui para fazer emergir o princípio/valor do empoderamento dos sujeitos, em que está presente, também, o valor restaurativo da não-dominação de um pelo outro. Não podemos confundir a necessidade de empoderamento (em que se busca uma maior autonomia, dando voz aos indivíduos), com a dominação, a qual se pauta em sobreposição e diminuição do outro.

A Justiça Restaurativa trabalha no sentido de que, para se empoderar, não precisa dominar o outro, mas é imprescindível se colocar como sujeito ativo nos processos decisórios dos grupos no qual a pessoa está inserida. Nesse sentido, “muitos buscam validação e empoderamento. Para eles o crime é uma forma de gritar por socorro e afirmar sua condição de pessoa” (ZEHR, 2008, p. 171).

Vendo os adolescentes como vítimas das facções criminosas, ao levarmos em consideração a sua condição peculiar de desenvolvimento e suas vulnerabilidades, podemos perceber que eles carecem desse empoderamento, pois as vítimas “sentem necessidade de empoderamento, incluindo participação e segurança. Querem proteção e apoio, alguém com quem partilhar o sofrimento, esclarecimento das responsabilidades e prevenção” (ZEHR, 2008, p. 183).

.....
4 Consiste em ordens advindas dos líderes da facção criminosas da qual o sujeito pertence

Compreendemos que a Justiça Restaurativa investe no empoderamento positivo das pessoas, muitas vezes ausente devido ao contexto de vulnerabilidade, o que compromete sua autonomia de vida. Assim, “a justiça restaurativa devolve os poderes a estas vítimas, dando-lhes um papel ativo para determinar quais são as suas necessidades e como estas devem ser satisfeitas” (MARSHALL; BOYACK; BOWEN, 2005, p. 271).

Esse empoderamento também dialoga com sentir-se pertencente a determinado grupo, o qual faz parte da necessidade humana e deixa os indivíduos empoderados nas suas relações interpessoais. Podemos perceber que os adolescentes veem nas facções criminosas uma alternativa para suas necessidades de pertencer, bem como empoderar-se.

Se, por um lado, a Justiça Restaurativa busca empoderar os sujeitos para torná-los protagonistas da sua trajetória de vida, longe de práticas ilícitas, por outro, as facções criminosas busca empoderá-los e encorajá-los para se tornarem “soldados” destemidos da criminalidade.

São essas noções que repercutem no cotidiano dos adolescentes, as quais geram um sentimento de coletividade e coesão grupal, calcado no princípio da união, com viés ilícito.

Nesse sentido, o adolescente A afirma que um dos motivos que o fez participar de facções foi o poder que as armas de fogo proporcionam, o qual é facilitado pelas facções. “O que me fez entrar para a facção criminosa foi o poder de fogo que ela dispõe, o maior do RN, e a maconha. Isso me faz sentir bem e poderoso” (NOGUEIRA, 2018, p. 100). No mesmo sentido, outro adolescente relata:

Eles perguntam se tamo precisando de alguma coisa: fuga, armas, apoio. Eles desce uma pistola, [escopeta calibre] 12, qualquer coisa que você quiser fazer ela [facção B] ajuda. O [facção B] desce armamento e drogas pra gente. Quando eu sair daqui [CEDUC], já tem um revólver e uma pistola (NOGUEIRA, 2018, p. 123).

Os adolescentes que dizem possuir vínculo com facções criminosas, sentem-se empoderados, porém um empoderamento pelo fato de ter acesso e portar armas de fogo. Em verdade, esses sujeitos precisam de um empoderamento pela via da educação, cultura, esporte ou outra ferramenta que os distanciem das práticas ilícitas, estratégias que a Justiça Restaurativa pode possibilitar.

Além de assentar-se em princípios, a Justiça Restaurativa está fundada num sistema de valores positivos. Howard Zehr (2008), um dos principais estudiosos da Justiça Restaurativa, considera 3 (três) valores como especiais: respeito, humildade e maravilhamento.

O respeito é visto como central nas práticas restaurativas, pois os sujeitos envolvidos nos conflitos percebem uma maior atenção às suas concepções, necessidades e valores. O (des)respeito emerge como fator relevante no processo de construção de identidade das pessoas que se envolvem em conflitos. Assim, “se levarmos esse valor a sério, tentando ativamente respeitar as perspectivas, necessidades e valor de todos os envolvidos, inevitavelmente faremos justiça de modo restaurativo” (ZEHR, 2008, p. 266).

Juntamente com o respeito, devemos observar que a humildade tem relevante contribuição para que as vítimas se sintam pertencente e torne o ambiente restaurativo mais horizontal possível. Ela requer um certo ceticismo em relação ao que pensamos que sabemos e fazemos. Em outras palavras: “nada sei”.

Dentro da sua própria concepção de respeito, as facções criminosas articulam suas ações e orientam seus “irmãos” a desenvolverem suas atividades ilícitas. A palavra “respeito” se faz presente nos relatos dos adolescentes que cumprem medida socioeducativa de internação no CASE, em alguns momentos de forma explícita, em outros, de forma implícita. “A nossa facção só vai atrás do inimigo, respeita a família do inimigo. A segunda regra da nossa facção é respeitar os outros” (NOGUEIRA, 2018, p. 122). Inclusive, eles ponderam que a educação se faz necessária, pois é bom para respeitar e ser respeitado (NOGUEIRA, 2018).

Também, percebemos que o respeito se faz presente no que ele considera como “sexta regra” da facção, que é: “cumprimentar os colegas constantemente com um bom dia, boa tarde, boa noite e um forte sincero abraço na parte de fulano de tal” (NOGUEIRA, 2018, p. 124). Ainda, assegura que “lá [na facção] tem união, coletividade, respeito e cumplicidade” (NOGUEIRA, 2018, p. 101). Por fim, há menção ao respeito no relato de outro adolescente que analisamos. De acordo com ele, “é preciso respeitar e tratar bem os irmãos não ‘bulir’ com criança, idoso e pessoas inocentes” (NOGUEIRA, 2018, p. 107).

O respeito se coaduna com humildade, mostrando-se como uma

ferramenta importante para evitar generalizações e comparações desleais entre pessoas com culturas e contextos distintos, sendo imprescindível compreender as singularidades dos sujeitos a partir de uma concepção individual e coletiva ao mesmo tempo. Assim, “a humildade pode nos proteger de uma justiça que, enquanto libertadora para nós, se torna um fardo para os outros - ou, como aconteceu em muitas outras ‘reformas’ precedentes, se torna uma arma contra as pessoas” (ZEHR, 2008, p. 267).

É importante mencionar que para conseguir se relacionar bem dentro das facções, seus membros também precisam demonstrar humildade perante seus pares. A renda das facções gira em torno contribuições dos seus membros, o não pagamento desmotivado se caracteriza como uma ostentação, uma afronta ao “princípio da humildade”.

Os adolescentes asseguram que “cada ‘irmão’ precisa pagar o ‘caixa’ mensalmente. Atualmente esse valor é 200 reais. Caso o irmão prove que não está em condições de pagar, não têm problemas, mas, se não honrar, será cobrado”. O dinheiro deve ser aplicado de acordo com o interesse do grupo. “O dinheiro é utilizado para comprar armas e manter os irmão e suas famílias que estão sendo oprimidos dentro e fora dos presídios” (NOGUEIRA, 2018, p. 102). Também, “é preciso ajudar a população que contribui de alguma forma com os irmãos”. Caso o cara seja traficante, é preciso contribuir com dinheiro com a facção” (NOGUEIRA, 2018, p. 110). Por fim, “Tem a Cebola”/Caderninho/Mensalidade para ajudar aos irmãos que não têm condições. Manda feira. A facção me ajuda depois que cheguei aqui [CEDUC]. Ela [facção] me dá dinheiro e ajuda a minha família” (NOGUEIRA, 2018, p. 126).

Por fim, o maravilhamento é outro valor que Zehr (2008) vê como estruturante da Justiça Restaurativa, refere-se ao modo despreconceituoso de lhe dar com o desconhecido ou diferente, respeitando e dialogando com as contradições, ambiguidades e paradoxos. Assim, não estaríamos penetrando no íntimo dos indivíduos. É, na verdade “a habilidade de viver com aquilo que desconhecemos, com surpresas e com o aparentemente ilógico é essencial para a prática adequada da justiça restaurativa” (ZEHR, 2008, p. 267). É uma forma de encarar o desconhecido com prazer.

Diante das suas circunstâncias, os adolescentes se sentem motivados a encarar o universo nebuloso das facções criminosas com um certo nível de prazer, seja por estarem portando arma de fogo, sentin-

do-se pertencente ao grupo ou, até mesmo, por acreditarem que estão resguardando sua vida, já que esses grupos vendem uma falsa sensação de segurança. Isso, muito se deve ao processo de conscientização/sedução desenvolvido pelas facções criminosas com os adolescentes que se encontram em vulnerabilidades psíquicas e materiais.

Além desses valores apresentados por Zehr (2008), mencionaremos outros que se mostram fundamentais para um bom aproveitamento das práticas restaurativas. A essência política do ser humano o faz com que necessite participar e ter voz ativa nos processos decisórios nos grupos. Percebendo essa carência participativa nos sujeitos, a Justiça Restaurativa, por meio de suas práticas, investe nessa lacuna.

A participação faz com que os adolescentes se sintam pertencentes ao ambiente em que está inserido, seja na escola, família, emprego ou no sistema socioeducativo. Dificilmente, alguém se sentiria bem num ambiente em que fosse “engolido” por valores institucionais e autoritários que torne suas opiniões coadjuvantes em meio a um protagonismo institucional/grupal estaque. A Justiça Restaurativa incentiva a participação dos envolvidos, no sentido de que todos que se inserem nas práticas restaurativas têm algo valioso para contribuir.

Para se conseguir uma participação ativa e valiosa, é necessário haver honestidade, essencial à efetivação da justiça. A Justiça Restaurativa almeja que as pessoas falem a verdade sobre seus anseios, responsabilidades, angústias e transgressões sofridas ou praticadas, que sejam transparentes nos diálogos, pois é de fundamental importância para manter a coesão grupal e o sentimento de coletividade. É válido relatar que a transparência fica restrita ao grupo que está participando do processo restaurativo.

A participação está atrelada à prática de uma escuta sensível, vista como um dos valores que conquista os envolvidos no conflito, tornando-os importantes na resolução da controvérsia, sobretudo os adolescentes, historicamente censurados pela sociedade e Estado, em que não dispõem de voz e vez. Eles podem ver nesse valor uma forma de expressar suas angústias, sentimento e emoções, a partir de uma cultura de respeito e diálogo entre os envolvidos.

Isso se relaciona com outra característica marcante no cotidiano das facções criminosas. É que os “irmãos” não podem tomar decisão isolada, pois é preciso prezar pela vontade da coletividade. Como nin-

guém quer perder poder de decisão, todos necessitam e exigem ter uma parcela de contribuição no ato a ser decidido. Portanto, é preciso decidir coletivamente para honrar e satisfazer a vontade de todos e não perder a característica unívoca das decisões. Quem decide é a facção, mas não o “irmão” específico. A decisão é do “colegiado”.

Nesse sentido, observemos nos discursos dos adolescentes que as tomadas de decisões isoladas são proibidas dentro das facções e passíveis de punição.

Nas operações da polícia e durante a guerra dentro dos presídios a fuga é proibida. Só pode fugir se for escolhido pela facção, geralmente [os escolhidos são] quem já puxou muita cadeia. Aqueles que fugiu durante a guerra lá em alcaçuz, sabe?! e não tinha autorização, vão ser cobrados porque **tomaram decisão isolada** e deixaram os irmãos na mão (NOGUEIRA, 2018, p. 125).

Não são só as facções que prezam pela vontade da coletividade, a Justiça Restaurativa também se utiliza de tal estratégia. Ela busca por interconexão entre os sujeitos, privilegia a participação dos sujeitos envolvidos, trazendo a influência da coletiva para o processo decisório e afirma uma autonomia participativa dos envolvidos.

Os adolescentes carecem de voz, necessitam fazer parte dos processos decisórios da sua comunidade para que se sintam pertencentes a grupos, uma necessidade de todo ser humano. Por isso, acreditamos que os resquícios de democracia participativa, presente no interior das facções, também vêm contribuindo para a participação de adolescentes, mas podem ser substituídos por valores e princípios da Justiça Restaurativa. Quanto menos voz dermos aos adolescentes, mais eles vão buscar participação nos processos decisórios das facções criminosas.

Essa participação e o direito a voz dos adolescentes também encontra respaldo legal. O Estatuto da Juventude, que foi instituído pela Lei nº 12.852 de 2013, prevê que os jovens devem participar dos conselhos e deliberações, com direito à voz e voto. No artigo 4º, o estatuto pondera que o “jovem tem direito à participação social e política e na formulação, execução e avaliação das políticas públicas de juventude”. Mais especificamente, no inciso IV do referido artigo assegura “a efetiva inclusão dos jovens nos espaços públicos de decisão com direito a voz e voto”.

Tanto as facções quanto o Estado percebem esse déficit de participação dos adolescentes nos processos decisórios que os rodeiam, mas o viés participativo voltado à criminalidade está sobressaindo em relação ao viés emancipatório e autônomo dos adolescentes, que deveriam ser potencializados pelo Estado, família e sociedade.

É urgente (re)construirmos alguns significados nos adolescentes que se mostram próximos de práticas facciosas e em conflito consigo, necessitando de um novo sentimento de justiça, isso porque “a verdadeira justiça não acontecerá a não ser que as pessoas e relacionamentos sejam transformados em algo saudável de modo que a violência não seja recorrente” (ZEHR, 2008, p. 179).

Diante desses ambientes onde predomina a atuação de facções criminosas, os adolescentes se portam como vítimas e ofensores. Ofensor de vítimas e vítima das suas vulnerabilidades. Nesse contexto, percebemos que a Justiça Restaurativa pode contribuir no intuito de (re) significar valores, pois parte da concepção de que “as vítimas têm necessidade de segurança, reparação, justificação e empoderamento, mas precisam, especialmente, encontrar significado” (ZEHR, 2008, p. 183).

Essa participação dos sujeitos gera um sentimento de coletividade ou interconexão, vista como primordial nas práticas restaurativas, ou seja, o coletivo em detrimento do individual. Assim, todas as pessoas são vistas como valorosas e responsáveis pela comunidade da qual pertence. Com isso, a Justiça Restaurativa busca uma interconexão entre os pares, compartilhar tristezas e alegrias, gerando um sentimento comunal, uma responsabilização recíproca e uníssona.

Ser responsável pelos atos que praticamos parece ser um peso para carregarmos, mas quem não possui responsabilidades está fadado a cair no ostracismo comunitário ou se tornar um “marginal” das relações sociais. Dar responsabilidade, direitos e deveres às pessoas que se encontram em vulnerabilidades pode ser um passo positivo e estratégico para evitar transgressões e potencializar o sentimento de agentes transformadores da realidade social posta. Nesse sentido, a Justiça Restaurativa busca afastar o sentimento de culpabilidade das pessoas e ensejar uma responsabilização pelos atos praticados, visto como um dano à coletividade e não ao Estado.

A busca pela coletividade é um “valor” essencial dentro das facções criminosas, potencializada pela noção de pertencimento, o que faz

emergir um sentimento de união dentro do grupo. Isso desperta o interesse dos adolescentes e aflora um sentimento de pertencimento ao grupo por meio do incentivo a participação, do “nós” em detrimento do “eu”.

Podemos perceber que esses grupos criminosos, utilizando-se de estratégias para atacar e se defender de seus inimigos (Estado e facções criminosas rivais), fazem aflorar no subjetivo dos adolescentes uma noção de pertencimento, dialogando, também, com a noção de poder, em que os “soldados” das facções são capazes de matar ou morrer em nome de um coletivo.

Os relatos a seguir retratam bem essa necessidade de pertencer à uma coletividade. “O desejo de pertencer a um grupo foi o que me fez participar de facção, lá tem união, coletividade, respeito e cumplicidade” (NOGUEIRA, 2018, p. 101). Outro adolescente, na mesma linha argumentativa, pondera: “o bom, também, é que sempre tá o ‘mói’, todo mundo junto, nunca tá pouco, sempre todo mundo armado”. E conclui: “eu sei que o poderoso é o lá de cima, mas a gente também se sente poderoso porque sabe que ninguém vai mexer com nós, a gente pode contar com a facção” (NOGUEIRA, 2018, p. 123).

A senso de coletividade e pertencimento instigado pelas facções só despertam interesse dos adolescentes enquanto eles não percebem que esses grupos buscam responder às opressões do Estado dando-lhes uma participação “democrática” opressora. Porém, como a democracia não significa vontade da maioria, alguns não se sentem bem como um membro do coletivo e preferem a individualidade, não se filiando/batizando a facções criminosas. Este relato pode nos ajudar nessa compreensão: “não pretendo entrar para facções porque quero ser eu mesmo. Nas facções a gente precisa ajudar aos irmão e ficar dando satisfação, a gente acaba ficando preso ao sistema” (NOGUEIRA, 2018, p. 110). A sensação de coletividade não é vista de forma positiva pelo adolescente, pois pode até significar liberdade e abertura, mas também censura e opressão.

Como forma de criar um significado simbólico na cabeça dos adolescentes sobre seu pertencimento, as facções criminosas lançam mão de uma estratégia que tem grande repercussão e obediência dos “irmãos”: o batismo. O sujeito “batizado” tem vez, voz e voto, ou seja, ele pertence, efetivamente, ao grupo faccioso. Para empoderar-se é preciso pertencer, o que percebemos que essas duas categorias andam lado a lado. Portanto, “o ‘batismo’ é a formalidade necessária que garante a identidade e pertenc-

cimento de um sujeito à facção criminosa” (NOGUEIRA, 2018, p. 121).

Diante disso, percebemos que é imprescindível (re)significar as concepções dos sujeitos, e isso tem sido uma das preocupações da Justiça Restaurativa, sobretudo uma (re)significação do conceito de justiça, afetos e trajetórias de vidas das pessoas. Podemos conceber que nos círculos restaurativos, que é uma das práticas restaurativas, “as pessoas se aproximam das vidas umas das outras através da partilha de histórias significativas para elas” (KAY, 2010, p. 16).

Infelizmente, essa (re)significação das concepções dos adolescentes é pervertida e trabalhada pelas facções criminosas. Elas possuem uma capacidade de (re)invenção, assim como inverte e limita o significado e a lógica das coisas que os rodeiam para proveito da criminalidade. Isso acontece, por exemplo, com o processo educacional dos adolescentes, o qual é invertido e utilizado para atender aos interesses das facções. “A educação é muito importante para a pessoa. Até no crime é preciso a gente ter educação, se não tiver, é cobrado”. Indagado como essa educação se faz presente na criminalidade, o adolescente respondeu: “é preciso respeitar e tratar bem os irmãos não ‘bulir’ com criança, idoso e pessoas inocentes” (NOGUEIRA, 2018, p. 107). No mesmo sentido, identificamos o seguinte relato: “para subir na hierarquia precisa ter muito dinheiro, muitos homicídios e muito conhecimento, experiência, se possível, ser formado no crime e na faculdade [nível superior]” (NOGUEIRA, 2018, p. 85).

Mesmo que “involuntariamente”, as facções comprometem a formação educacional e profissional dos adolescentes, que passa a manter alguma relação com o grupo, como veremos o relato a seguir. “O crime me desviou da escola. Antes do crime eu gostava de ir pra escola e me dava bem. Estudei até o 8º ano e nunca fui reprovado. Parei com 15 anos de idade” quanto à carreira profissional, ele relata que “no crime rola dinheiro fácil. Ninguém quer trabalhar. Nunca imaginei seguir nenhuma carreira profissional, o crime não deixa nós pensar nisso” (NOGUEIRA, 2018, p. 108).

Diante desse contexto, a Justiça Restaurativa também se preocupa em proporcionar um tratamento igualitário entre os envolvidos, devendo levar em consideração as necessidades psíquicas e materiais que os ladeiam. Aqui, não cabe coerção nem retirar o poder de decisão dos sujeitos, já que a carência de participação nas tomadas de decisões é obser-

vada na resolução de conflitos desenvolvidas pelo Estado, em que de um lado fica a vítima, do outro o ofensor, em cima (no sentido de superior) o Estado e à margem a sociedade. Assim,

os valores e princípios da justiça restaurativa devem moldar a natureza dos relacionamentos entre os operadores de justiça restaurativa e todas as outras partes com um genuíno interesse no assunto, incluindo agências governamentais que contratam serviços da justiça restaurativa de operadores da comunidade (MARSHALL; BOYACK; BOWEN, 2005, p. 271).

O grande desafio é dialogar os princípios e valores com os interesses estatais, comunitários e governamentais sem perder a essência restaurativa. Para tanto, também aparece como preocupação da Justiça Restaurativa a implementação de uma cultura demandista de resolução de conflitos, sobretudo dentro das instituições que buscam nas práticas restaurativas aporte para solucionar seus conflitos e sobretudo aumentar seus índices de produtividade.

Buscar a igualdade de tratamento sem afrontar os interesses humanos e institucionais é um desafio, porém não podemos negar que, hodiernamente, almejar igualdades se mostra como indispensável nas relações sociais, seja a busca por igualdade material ou formal. Essas igualdades se expressam por diversas facetas, cada um com suas especificidades e interesses.

No caso das facções criminosas, no decorrer dos relatos dos adolescentes, implícita e explicitamente, é possível perceber a busca por igualdade. Veremos este relato: “quando a gente entra para a facção é preciso honrar e buscar a igualdade para todos os ‘irmãos’ que estão sendo oprimidos diariamente nos presídios do país” (NOGUEIRA, 2018, p. 101).

Eles buscam uma noção de igualdade própria, criada pelas facções, não se expressando como uma igualdade formal e material calcada nos ditames democráticos constitucionais, mas uma igualdade seletiva entre seus membros das facções criminosas, observada a partir do seu código jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema das facções é de índole psicossocial, que envolve questões afetivas e simbólicas, não apenas uma questão criminal. O adolescente se mostra carente de voluntariedade, convivendo diariamente com tribulações, encontrando, na violência, a saída para descarregar sua indignação.

Compreendemos que a Justiça Restaurativa tem suas bases em povos indígenas e aborígenes, os quais prezam pela coletividade em detrimento do individual. Além de que tem uma capacidade de adaptabilidade para solucionar conflitos de diversas naturezas, obedecendo princípios e valores humanos.

Diante disso, identificamos, a partir dos relatos dos adolescentes internados no Centro de Atendimento Socioeducativo Mossoró-RN (CASE), que, mesmo que involuntariamente ou inconscientemente, as facções criminosas corrompem e pervertem os valores da Justiça Restaurativa em prol de angariar novos membros para fazer parte do seu “exército” que praticam atividades ilícitas.

Durante o trabalho, percebemos que os princípios da voluntariedade, união e humildade estão presentes tanto nas relações das facções criminosas quanto na Justiça Restaurativa. Além dos princípios, os valores da participação, pertencimento, poder de voz, escuta sensível, respeito, humildade, coletividade, maravilhamento, união, empoderamento, igualdade, fortalecimento dos vínculos e ética são pontos comuns nas facções criminosas e na Justiça Restaurativa, sendo utilizado a partir da sua base ideológica. As facções, utilizam-se para seduzir e cooptar sujeitos a fazerem parte do grupo faccioso. Já a Justiça Restaurativa busca fortalecer os vínculos dos indivíduos em busca da paz social.

Não acreditamos que a Justiça Restaurativa seja sacrossanta, mas possui potencialidades para fortalecer os vínculos comunitários e familiares de adolescentes, empoderá-los e fazer aflorar um sentimento de pertencimento comunitário distante das práticas ilícitas. Essas práticas devem ser observadas juntamente com o apoio familiar, no sentido de contribuir para que esses sujeitos se tornem protagonistas da sua trajetória de vida e não sejam mais um coadjuvante do anti-heroísmo corrompido das facções criminosas.

Por fim, percebemos que a corrupção ideológica dos princípios e valores da Justiça Restaurativa pelas facções criminosas não acontece de forma intencional, no sentido de se utilizar, especificamente de tais estratégias para fortalecer o grupo criminoso. A corrupção acontece de forma inconsciente e inconsequente, já que não há notícias de que as facções se utilizam das práticas restaurativas para praticar atividades ilícitas.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. A violência na sociedade brasileira. Juventude e delinqüência como problemas sociais. **Rev. Bras. Adolescência e conflitu- alidade**, p. 1-11, 2010. Disponível em: <<http://www.pgsskroton.com.br/seer/index.php/adolescencia/article/view/217/203>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.594/2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socio-educativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 19 jan. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm>. Acesso em: 30 abr. 2018.

_____. Lei nº 12. 852/2013. Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112852.htm>. Acesso em: 09 jul. 2018.

CARVALHO, Mayara de; SILVA, L. J. R. Noção de Outro e a Subalternidade na Justiça Juvenil Restaurativa: Pode o Subalterno Falar? In: Adriana Goulart de Sena Orsini; Adriana Silva Maillard; Nivaldo Dos Santos. (Org.). **Formas consensuais de solução de conflitos**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 339-356. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ex6xsd57/5QxDLPC7QwV9iPvx.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ELIOT, Elizabeth. Segurança, sem cuidados: desafios para os valores restaurativos na prisão. Trad. Marcos Fávero Florence de Barros. **Contemporary Justice Review**. Vol. 10. Nº 2, junho de 2007, p. 193-208. Disponível em: < <http://comitepaz.org.br/download/Desafios%20para%20os%20valores%20restaurativos%20na%20pris%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Perversão Ideológica dos direitos humanos. In: **Ciência Penal**, José Bushatsky, São Paulo, 1974. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/161>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

MARSHALL, Chris; BOYACK, Jim; BOWEN, Helen. Como a Justiça Restaurativa assegura a boa prática: uma abordagem baseada em Valores. In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005.

NOGUEIRA, Jailson Alves. **Enquanto o Estado nega, as facções criminosas abraçam**: uma abordagem a partir dos relatos dos adolescentes internados no Centro Educacional Mossoró-RN (CEDUC). 148f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Mossoró, RN, 2018.

NOGUEIRA, Jailson Alves; OLIVEIRA, Ramon Rebouças Nolasco de. **O intrincamento entre os códigos jurídicos do estado de direito e das facções criminosas**, 2017. No prelo.

KAY, Pranis. **Processos Circulares**. Tradução de Tônia Van Acker. - São Paulo: Palas Athena, 2010.

SALM, João; LEAL, Jackson da Silva. A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra. **Seqüência**, n. 64, p. 195-226, jul. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21777055.2012v33n64p195/22470>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

TERRE DES HOMMES. **Previnindo a violência e promovendo a justiça juvenil restaurativa**: justiça juvenil restaurativa e práticas de resolução positiva de conflitos. Fortaleza: Terre des hommes Lausanne no Brasil, 2013.

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

5

Direito à busca pela felicidade: perspectiva constitucional

.....

João Batista D. de Medeiros Neto¹

Lucas Lima Silva²

Sara Adna dos Santos Bessa³

Resumo:

O presente artigo contempla a utilização da narrativa jurídica de um direito à busca pela felicidade que vem encontrando espaço nas duas cortes de maior instância do Poder Judiciário brasileiro. Esse argumento é importante para a proteção dos direitos fundamentais. Dessa forma, convém analisar decisões judiciais que possuem como um de seus pilares a garantia da busca pela felicidade. De início, busca-se compreender as raízes históricas e o conceito dessa expressão, bem como examinar a linha jurisprudencial em construção pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Além de verificar a eficácia na aplicação dos direitos fundamentais através do tema em estudo. Para tanto, lança-se mão da realização de pesquisa de campo nos sítios eletrônicos do STF e STJ, colhendo decisões judiciais para um estudo

.....

1 Graduando em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).
Contato: jbdmn@live.com

2 Graduando em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).
Contato: lls.ce20@gmail.com

3 Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).
Contato: sbessa68@gmail.com

de caso. Tem-se como referencial teórico os autores Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, Humberto Ávila, Saul Tourinho Leal, Aristóteles e John S. Mill. Por fim, conclui-se que a tese do direito à busca pela felicidade é instrumento hábil na tutela dos direitos fundamentais, eis que pode funcionar como uma espécie de norma interpretativa para efetivação das garantias individuais.

Palavras-chave: Direito à busca pela felicidade. Direitos fundamentais. Jurisprudência.

Abstract:

The present article contemplates the use of the legal narrative of right to the search for happiness that has been finding space in the two courts of greater instance of the Brazilian Judiciary, in turn, na argument that may be healthy for the protection of fundamental rights. In this way, it is appropriate to analyze judicial decisions that have as one of their pillars the guarantee of the search for happiness. At first, we seek to understand the historical roots and the concept of that expression, as well as examine the jurisprudencial line under construction by the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice, in addition to verifying the effectiveness in the application of fundamental rights through the subject under study. In order to do so, it makes use of the field research in the electronic sites of the STF and STJ, gathering judicial decisions for a case study. We have as theoretical reference the authors Daniel Sarmiento and Cláudio Pereira de Souza Neto, Humberto Ávila, Saul Tourinho Leal, Aristotle and John S. Mill. Finally, it is concluded that the thesis of the right to search for happiness is a skillful instrument in the protection of fundamental rights, and this can function as a kind of interpretative norm for the effectiveness of individual guarantees.

Keywords: Right to the search for happiness. Fundamental rights. Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

Trata o trabalho sobre a proteção aos direitos fundamentais através da construção jurisprudencial do direito à busca pela felicidade que, outrora veio à tona através da Declaração de Direitos da Virgínia, em 1778, sendo este registro pioneiro na menção àquele direito em um diploma oficial. Por se tratar de um direito não positivado em nosso ordenamento jurídico, seria possível utilizar este preceito na defesa das garantias individuais?

Nesse sentido, faz-se necessário analisar decisões judiciais que têm como bases jurídicas a garantia pela busca da felicidade. Assim, vislumbra-se relevante conhecer as raízes históricas e o conceito daquela expressão, bem como investigar a linha jurisprudencial em desenvolvimento pelo STF e STJ. Paralelamente, importa verificar a eficácia na aplicação das garantias individuais por meio do objeto desse estudo.

Urge esclarecer que a interpretação do Direito é uma atividade, ao mesmo tempo, nobre e difícil. Primeiro por ser um campo vasto e suscetível de opiniões diversas, segundo porque definir a extensão de um direito pode ser impreciso, haja vista sua indeterminação. Por esta razão, uma pesquisa sobre o direito à busca pela felicidade se revela instigante e desafiadora, já que aborda assunto pouco discutido no cenário jurídico brasileiro, mas que vem sendo usado por alguns tribunais como instrumento de interpretação de outras normas. Ao realizarmos pesquisa no Periódico Capes/Mec, em outubro de 2018, constatamos que havia cerca de três trabalhos elaborados com o tema direito à busca pela felicidade. Além disso, a partir de uma situação surgida no ambiente de trabalho do autor João Batista D. de Medeiros Neto, pudemos iniciar discussão acerca de um caso jurídico que estava, indiretamente, associado ao direito à busca pela felicidade. Fato que despertou ainda mais inquietação para a pesquisa.

Oportunamente, registre-se que as ideias do professor Humberto Ávila sobre a existência de normas interpretativas – normas de segundo grau – foram incorporadas ao estudo, assim como algumas premissas da tese de Saul Tourinho Leal, especialmente as concernentes ao desenvolvimento histórico e o conceito do direito à busca pela felicidade. Do mesmo modo, concepções filosóficas de Aristóteles acerca da felicidade

e, por igual, lições de John S. Mill a respeito do utilitarismo. Também de grande valia foram os ensinamentos apreendidos através dos autores Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto acerca da jurisdição constitucional.

Por estas linhas, tem-se a realização de pesquisa de campo nos sítios eletrônicos do STJ e STF, colhendo decisões judiciais para um estudo de caso. Para tanto, analisa-se o Recurso Especial n. 1626.739 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, ambos os casos fazem uso de argumentação amparada no direito à busca da felicidade como reflexo da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

No mais, importa destacar que o presente artigo está dividido de forma que, inicialmente, reserva-se a exposição do contexto histórico e ao conceito do direito à busca pela felicidade. Em seguida, diz respeito à aplicação prática daquela expressão em decisões judiciais. Por fim, vê-se a eficácia de tal direito na tutela dos direitos individuais, levando-se em conta, inclusive, a possibilidade de reconhecê-lo como espécie de postulado.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO DO DIREITO À BUSCA PELA FELICIDADE

O século XVIII trouxe consigo a primazia pela liberdade e igualdade, notadamente através do Iluminismo e da Independência das treze colônias da América do Norte. Com efeito, após entraves bélicos entre os Estados Unidos e a Inglaterra, na década de 70, viu-se despertar, por meio da Carta de Direitos da Virgínia, a acepção do direito à busca pela felicidade. Em continuidade, percorrendo uma linha do tempo, observa-se que essa ideia foi reavivada alguns anos depois do supracitado documento, já pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, na qual revolucionários franceses fizeram referência ao direito a certa felicidade geral⁴ (LEAL, 2013).

.....
4 A par disso, visualiza-se trecho da Carta da Virgínia: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos [...] que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e **de buscar obter felicidade e segurança**”. Já na França: “Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos

Já em 1948, quando da celebração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o direito à busca pela felicidade seria enaltecido, ainda que indiretamente. Dessa vez, destacando garantias essenciais às pessoas, como, por exemplo, a vida e a dignidade. Nesse ambiente, os retrocessos éticos e jurídicos derivados de uma obscura crise humanitária que assolou o mundo durante e após a II Guerra Mundial, fez surgir a urgência em estabelecer, através de normas que pudessem exprimir valores universais, estandartes legais para a preservação de uma vida digna e a promoção do livre desenvolvimento da personalidade de cada cidadão. Notadamente, firmando-se caminhos a fim de atingir um estado de bem-estar social. Essa definição, por sua trilha, caracteriza a passagem de um Estado Liberal – subsidiário – para um Estado Social – prestacional – isto é, tendo como ênfase uma postura positiva na busca por concretizar determinados direitos.

Cumprido destacar, ainda, um processo de despatrimonialização que fincou raízes profundas no sistema jurídico em âmbito internacional e local, deslocando do centro dos ordenamentos o cunho patrimonialista para ceder espaço a uma visão mais sensível e existencial da ciência do Direito. Sobremaneira por meio da força normativa e maior alcance jurisdicional das constituições. Frise-se que a acepção do termo busca pela felicidade possui certa indeterminação semântica, eis que se mostra imprudente tentar defini-lo como um verbete de dicionário.

Portanto, cabe ao Direito descortinar os meandros dessa espécie de postulado e, conhecendo seu alcance, usá-lo como uma norma que estabeleça parâmetros à aplicação de garantias individuais/existenciais das pessoas. Por isso, pode demonstrar-se razoável o entendimento que a busca pela felicidade se reveste do mesmo véu das chamadas meta-normas (ÁVILA, 2016), pois são essas capazes de oxigenar o sistema normativo a fim de permitir interpretação mais pontual do direito quanto

.....
 direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem [...] a fim de que as reivindicações dos cidadãos [...] se dirijam sempre à conservação da Constituição e à **felicidade geral**".

CONTEÚDO JURÍDICO E CONTORNO FILOSÓFICO

As entrelinhas do direito à busca pela felicidade ressoam em diferentes campos do saber. Dessa forma, a base normativa deste preceito se refere, como antes mencionado, a uma espécie de metanorma, carregado de amplo teor semântico. Dessarte, configurando-se como fidedigno postulado implícito ao vértice principiológico do projeto constitucional.

Doutro lado, quanto à Filosofia, é preciso nos voltarmos até a Grécia Antiga, nas lições emanadas pelo mestre do liceu. Para tanto, falava-se na obra *Ética* a Nicômaco a respeito da eudaimonia, nomenclatura utilizada para denotar a conquista de uma felicidade que, por sua vez, expressava a finalidade necessária e maior do ser humano. Por estas linhas de inteligência, destaca-se o registro:

A felicidade, acima de todas as outras coisas, parece ser de tal tipo, já que nós a escolhemos sempre por si mesma, e jamais em vista de outra coisa; a honra, o prazer, a razão e todas as outras virtudes, também nós as escolhemos por si mesmas, mas as escolhemos também em favor da felicidade, e é através delas que pensamos ser verdadeiramente felizes. Mas a felicidade nunca é escolhida graças a estes bens, senão por si mesma (Aristóteles, 2015, p. 26).

Noutro momento, Epicuro também indagou sobre o tema sobredito, levando em conta os desejos humanos e as virtudes para a consecução de uma vida feliz. Diferentemente dos traços pertencentes à corrente Hedonista, enaltecida durante a década de 70 dos anos 1900 – marcada pelo movimento *hippie* – em que se defendia o prazer como bem supremo e finalidade precípua de todas as ações humanas. A partir disso, criou-se um símbolo de comportamento social, pelo qual se visava atingir a felicidade através de condutas mundanas, inconsequentes e desmedidas. Em contrapartida, a felicidade na literatura epicurista é alcançada por ações sábias, moderadas e justas (LEAL, 2013).

Por outra entoada, em meados do século XVIII, viria à tona, por meio do pensamento utilitarista, a busca por um estado de felicidade conquistável por condutas boas do ponto de vista moral, senão vejamos:

O credo que aceita a Utilidade, ou o Princípio da Maior Felicidade, como fundamento da moralidade, defende que as ações estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade, erradas na medida em que tendem a produzir o reverso da felicidade. Por felicidade, entende-se o prazer e a ausência de dor; por infelicidade, a dor e a privação do prazer (Mill, 2005, p. 48).

Nessa conjuntura, depreende-se que a felicidade foi, em diferentes épocas e lugares, posta sob o exame contemplativo dos homens que, minuciosamente, analisaram-na em contraste aos anseios humanos. Com efeito, pode-se dizer, a respeito do tema referido, tratar-se de assunto atual, relevante e propulsor de discussões profundas, que centralizam clímax em face da busca e obtenção daquele sentimento de bem-estar. Importa, pois, aos estudantes do direito, diante ao cenário jurídico hodierno, expor em debate a repercussão de um embrionário direito à busca pela felicidade e suas implicações.

DIREITO À BUSCA PELA FELICIDADE COMO MÁXIMA DA AUTODETERMINAÇÃO: UM ESTUDO DE CASO

Frente ao famoso Oráculo de Delfos ecoava inoxidável lição, a saber: “Conhece-te a ti mesmo”. Tal expressão representava a busca por autoconhecimento, conceito tão importante que ainda hoje se faz presente como tônica, sobremaneira em meio a uma sociedade plural, pela qual nascem múltiplas reivindicações. Nesse cenário, por vezes, tem-se recorrido ao âmbito do Poder Judiciário, em função do desdém ou da morosidade do Poder Legislativo, a fim de concretizar direitos que, uma vez alcançados, perfazem pertinente manifestação da busca por uma democracia inclusiva e pela felicidade.

Para tanto, quando do silêncio da lei insurgem demandas que necessitam de uma resposta adequada constitucionalmente, é através da fonte jurisprudencial, geralmente, em que se desenha um caminho para exalar apropriada prestação (SANTOS, 2011).

Nesse panorama, no ano de 2016 o Superior Tribunal de Justiça, por meio da quarta turma, tendo como relator o Ministro Luis Felipe Salomão, julgou o Recurso Especial n. 1626.739, em que se discutia a

possibilidade de retificação do nome e sexo/gênero no registro civil de uma pessoa que não havia se submetido à cirurgia de redesignação sexual.

Ação de retificação de registro de nascimento para a troca de prenome e do sexo (gênero) masculino para o feminino. Pessoa transexual. Desnecessidade de cirurgia de transgenitalização. 1. À luz do dispositivo nos artigos 55, 57 e 58 da Lei 6015/73 (Lei de Registros Públicos), infere-se que o princípio da imutabilidade do nome, conquanto de ordem pública, pode ser mitigado quando sobressair o interesse individual ou o benefício social da alteração, o que reclama, em todo caso, autorização judicial, devidamente motivada, após audiência do Ministério Público. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1626.739. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 09.05.2017. 4º Turma. Data da publicação: 01.08.2017).

Antes de se lançar maior deliberação sobre o caso ora em comentário, soa relevante esclarecer algumas peculiaridades a respeito das prerrogativas em destaque na ocasião do julgamento – o nome e o corpo –, que, por seus percursos, figuram como direitos individuais ou da personalidade. Portanto, imprescindíveis para proporcionar dignidade e o livre desenvolvimento da *persona* aos cidadãos.

Assegura-se, na forma dos art. 16 ao 18 do Código Civil, proteção ao nome ante o desprezo público, condutas difamatórias e uso comercial irregular, compreendido a salvo o prenome, patronímico e agnome. Bem assim, a lei 6015/73, que dispõe sobre registros públicos, concebe o direito ao nome como uma face necessária à composição da identidade dos indivíduos, seja perante a família, seja perante a sociedade, dotada da emergência de propiciar segurança jurídica na vida civil.

De tal sorte, o objetivo precípua do direito registral ao celebrar o nome e sua imutabilidade é festejar, além do princípio supramencionado, a publicidade, juntamente à legalidade dos atos e negócios. Com efeito, em regra, as possibilidades de mudança de nome são, segundo os artigos 55 a 58 da referida norma, as seguintes: a) nome que exponha o interessado a constrangimento ou ridículo, b) dentro do prazo de um ano, após atingida a maioridade, é direito potestativo do interessado modificar o prenome, c) excepcional e motivadamente, por sentença, d) em razão de apelido público notório. Entretanto, conquanto seja esse preceito – a imutabilidade do nome – de ordem pública, diz-se que pode esse ser mi-

tigado em virtude de interesses individuais e existenciais que legitimem eventual modificação no registro civil.

Desse modo, com a germinação de novas angústias e anseios sociais, simultaneamente, florescem desafiantes reivindicações, refletindo-se no entendimento dos tribunais que têm prosseguido, a passos largos, sobre os ladrilhos de uma hermenêutica construtiva. Exaltando a dignidade humana e analisando com apurada sensibilidade as joviais pretensões dos sujeitos de direito, a exemplo do julgamento do REsp. n. 1008.398 de relatoria da Min.^a Nancy Andrichi, sob a jurisdição do STJ.

Doutro lado, enfatiza-se a proteção ao corpo, igualmente classificado como um direito da personalidade. Desta feita, de acordo com o artigo 13 do CC/02, resta vedado qualquer comportamento sem respaldo médico que finde em disposição do próprio corpo, e que, por seu turno, contrarie os bons costumes causando diminuição permanente da integridade física⁵. Entretanto, este mandamento pode ser atenuado ante a circunstâncias relevantes que contemplem e estejam calcadas no respeito à autonomia individual e a autodeterminação.

Nesse sentido, verifica-se que a situação em estudo foi apaziguada por uma sólida atividade jurisprudencial e doutrinária, sobressaindo-se o direito a operação de transgenitalização como reflexo da dignidade humana, além da posterior modificação do registro quanto ao nome e gênero.

Este posicionamento encontra fundamento no enunciado n. 276 da IV Jornada de Direito Civil, que assevera: “O art. 13 do Código Civil [...] autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo CFM, e a conseqüente alteração do prenome e sexo no registro civil”. Ainda em consentânea a esse pensamento, extrai-se importante reflexão do enunciado n. 43 da I Jornada de Direito à Saúde: “É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização de cirurgia de transgenitalização”.

Todavia, de maneira transversal emerge demanda singular, mas

.....
 5 Destaca-se o caso do movimento *body art*, isto é, pessoas que em homenagem a algum padrão estético, utilizam o próprio corpo como forma de expressar valores. No entanto, fazendo-o por meio da prática de automutilação. Nesse panorama, percorrem em direções opostas a garantia personalíssima à integridade física e a autonomia sobre o corpo, sobretudo uma vez que os indivíduos adeptos ao *body art* afirmam ser tal atividade uma manifestação artística e cultural, revestida na liberdade de expressão.

tão delicada quanto aquela. Dessa forma, retomada a análise do REsp. n. 1626.739, põe-se em colisão a pretensão de adequação do nome e gênero no registro de pessoa que não realizou cirurgia para mudança de sexo. Esta, por sua vez, sendo considerada necessária para ensejar a correção do documento de nascimento.

Seguindo a linha de pensamento do Min. Salomão, ergueu-se engenhoso argumento consentindo à pessoa transexual a possibilidade de alterar seu registro civil, salvaguardando os interesses individuais e o benefício social ao cidadão requerente. Bem assim, resguardando o livre desenvolvimento/expressão da personalidade, amparado sob o prisma de efetivar o direito à busca da felicidade.

Com efeito, permitiu-se a retificação registral mediante a flexibilização da imutabilidade do nome para pessoa que não se submeteu ao procedimento cirúrgico de mudança de sexo. De tal sorte adequando a realidade biológica do indivíduo a sua identidade psicossocial a fim de potencializar, especialmente, o direito à saúde e zelar pela intimidade. Outrossim com o condão de promover a dignidade da pessoa humana e a igualdade, verdadeiras diretivas fundamentais da Carta de Outubro. Merece destaque trecho marcante do julgamento:

Sob essa ótica, devem ser resguardados os direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade e gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e privacidade (proteção das escolhas da vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a coloca-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à **felicidade (bem-estar geral)**. Consequentemente, à luz dos direitos fundamentais corolários do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, infere-se que o direito dos transexuais à retificação do sexo no registro civil não pode ficar condicionado à exigência de realização de cirurgia de transgenitalização, para muitos inatingível do ponto de vista financeiro (como parece ser o caso em exame) ou mesmo inviável do ponto de vista médico.

Portanto, infere-se que o postulado da busca pela felicidade está,

integralmente, entrelaçado com a preservação da dignidade humana, por isso, justifica-se a aplicação daquele conceito como desdobramento fiel e racional deste último. Isso, pois, mostrou-se no desembranhar do caso sob investigação, em que interesses existenciais e individuais foram elevados em detrimento à, por vezes, impermeabilidade do sistema normativo, com o objetivo de garantir ao sujeito o essencial em sua procura por um estado de bem-estar.

Deve-se levar em conta, ainda, que no decorrer da produção deste trabalho, o Conselho Nacional de Justiça, através do Provimento n. 73, resolveu que a alteração do nome para fins de readequação social pode ser feita diretamente no cartório. Assim, o requerente poderá pretender extrajudicialmente a averbação da correção do nome de forma mais rápida. Após o registro, a mudança terá publicidade e veracidade, garantindo para as pessoas um maior acesso à justiça.

Desse modo, a interpretação das normas por meio da busca à felicidade oferece formidável oportunidade para que o direito seja oxigenado em razão do desabrochar de novos paradigmas sociais, decerto fazendo com que a esterilidade das leis não ultraje a fertilidade dos fatos. Com efeito, conservando, a um só tempo, o pilar principiológico da Constituição Federal da República – guardado sob a liberdade, igualdade, inclusão ante a pluralidade e dignidade.

DAS REFLEXÕES EXTRAÍDAS DA ADPF N. 132

No ano de 2011, sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal e por meio do tribunal pleno, tendo como relator o então Min. Carlos Ayres Britto, apreciou-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, em que se pretendia ascender proteção jurídica à união homoafetiva como legítima entidade familiar, pois até aquela época o casamento entre pessoas de mesmo sexo não era avalizado pelo direito.

Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio [...] o sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualdade jurídica. Proibição de precon-

ceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. [...] Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. **Direito à busca da felicidade.** (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 132. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Órgão julgador: Tribunal pleno. Julgamento: 05/05/2011. Publicação: 13/10/2011).

Nesse instante, é preciso esclarecer a lógica do tratamento desempenhado pelo sistema normativo acerca do matrimônio e, por conseguinte, registrar a evolução jurisprudencial a respeito do tema. Para tanto, o Estatuto Civil expressa, em seu artigo 1723, que a união estável contínua e duradoura entre o homem e a mulher enseja a constituição de família. De maneira semelhante aduz o art. 226, §3º da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, com o descompasso desses dispositivos à realidade dos fatores sociais emergentes em uma comunidade moderna – ante profunda transformação do conceito do núcleo familiar, vez que surgiam inéditos arranjos parentais –, havia grande risco de se cometer injustiças em virtude de uma exegese infecunda.

Noutras palavras, uma vez que era reconhecida apenas a família formada por casal heterossexual, ao tempo daquele julgamento, relegava-se a segundo plano a existência de outros vínculos afetivos. Por esta razão, pairava o espectro de uma hermenêutica pouco preocupada com a íntima ligação entre a norma e a vida, por sua vez, responsável por moldar os intérpretes a uma espécie de autômato, meros reprodutores dos textos legais.

Nesse contexto, através do qual o Poder Legislativo é silente perante um caso difícil, o Poder Judiciário, através da jurisdição constitucional, pode, comedidamente, lançar nova interpretação sobre o texto constitucional e legal. Diz-se da possibilidade de ocorrência da mutação constitucional de modo a promover princípios fundamentais da Constituição, a exemplo da igualdade (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013). Adverte-se que, conquanto seja no Brasil unânime a tese da separação dos poderes e o aspecto contramajoritário do controle de constitucionalidade, as mutações são aceitáveis quando há mudança na percepção do

direito e alteração fática nos costumes da sociedade.

Por esta senda, é nítido que a Sociedade progrediu e os anseios dos indivíduos se lançaram à frente do Direito, esse, por seu turno, caminhando no encaço daquela. Além disso, quando as dores e reivindicações populares não são ouvidas pelo Poder Legislativo, urge a necessidade, como já mencionado, de recorrer até os tribunais para que se obtenha devida prestação de um direito.

Para isso, as cortes vêm imprimindo formidável interpretação de dispositivos antes empoeirados, diga-se, lidos através de um filtro hermenêutico estéril e, por vezes, de costas à sociedade. Ao contrário disso, vê-se a sensata definição sobre a importância de uma interpretação atenta às exigências de cada época: “Não pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às manifestações da vida social” (MAXIMILIANO, 2011, p. 129).

Deve-se registrar que a possibilidade da Corte Constitucional efetuar mudanças no sentido dos textos não pode ser confundida com um “poder constituinte permanente” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013, p. 349) dando margem a transformações calcadas em subjetivismo e interpretações arbitrárias. Ainda que tenha o STF a missão institucional de dar a última palavra sobre a constituição, tal tarefa carece de legitimação democrática e respeito ao próprio texto.

De tal maneira, no caso em comento verifica-se que o excelso tribunal enveredou por um entendimento que ampliou a extensão das entidades familiares, fundamentando tal decisão, especialmente, sob os prismas dos laços afetivos a fim de que aquele conceito pudesse abarcar novos núcleos decorrentes de joviais pretensões humanas.

Conforme preleciona o sociólogo português citado outrora: “O potencial emancipatório de utilização do direito e da justiça só se confirma se os tribunais se virem como parte de uma coalizão política que leve a democracia a sério” (SANTOS, 2011, p. 102).

Com efeito, o eixo de princípios do projeto constitucional se fez eloquente e bradou pela dignidade da pessoa humana, pela solidariedade, bem assim em razão da liberdade e desenvolvimento da personalidade de cada cidadão. Por esta perspectiva, o Min. Celso de Mello, em pertinente e memorável explanação, argumentou em favor do postulado da busca a felicidade como direito dos indivíduos implícito naqueles vértices constitucionais da Lei Maior – ver Ação Direta de Inconstitucionalidade n.

4277.

No mais, cumpre destacar que a ação foi julgada no sentido de conceder legalidade às uniões homoafetivas em homenagem, sobremaneira, ao preceito da igualdade. De sorte a garantir a não discriminação oriunda de qualquer natureza ao passo que asseverou o bem comum (MELLO, 2015). Desse modo, revestindo de legitimidade a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo e, assim, concretizando o direito à igualdade em concordância à propalada busca da felicidade.

DA INTERPRETAÇÃO À APLICAÇÃO DO PRECEITO: UTOPIA OU REALIDADE?

A dignidade da pessoa humana, legítimo fundamento da constituição, ecoa, através de seu efeito irradiador, sobre o ordenamento em sua completude. Nesse sentido, o direito à busca pela felicidade – conquanto não esteja positivado em nenhum diploma pátrio – é justificado e revestido de vigor ao passo que se ampara na promoção da dignidade da pessoa. Além disso, possui estreita relação com o exposto no artigo 3º da CF/88, quando dos objetivos da República Federativa do Brasil se lê: “Construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Por esse diapasão, infere-se que a aplicação da prerrogativa supracitada pode se manifestar por meio de um exercício hermenêutico construtivo, coerente e perfilado aos preceitos normativos da Lei Maior. Portanto, faz-se mister nesse momento celebrar um perfil de pensamento que alie o solidarismo e a justiça social, bem assim a igualdade (SANDEL, 2016).

Nesse panorama, diz-se ainda a respeito da máxima efetividade concedida aos direitos fundamentais, que, por sua vez, são dotados de eficácia geral e imediata. Logo é facilmente compreensível conceber o direito à busca pela felicidade como um desdobramento possível da incidência de alguns núcleos constitucionais já mencionados. Essa lição, inclusive, é visualizada em jurisprudência construída pelo STJ e STF, merecendo destaque, respectivamente, à atuação pontual do Min. Celso de Mello, da Min. Nancy Andrichi e do Min. Luis Felipe Salomão.

No mais, há de se enaltecer a teoria do mínimo existencial, pela

qual se impende garantir aos indivíduos o básico, isto é, aquilo que é essencial para um amadurecimento, livre e com honradez, da personalidade dos sujeitos, abarcando suas facetas físicas e psíquicas (LEAL, 2013). Desta feita, registre-se que o direito à busca pela felicidade ressoa como fiel expoente de um sistema jurídico renovado e em concordância aos valores cultuados pelo nosso ordenamento. Refletindo, pois, argumento crível para a proteção de garantias fundamentais e zelo pelos interesses existenciais das pessoas.

Outrossim, cumpre realçar a propalada tese do *Welfare State*, que, por seu turno, reverbera os matizes de um Estado Social, assistencial. Em consequência disso, nasce a responsabilidade deste em estabelecer um padrão medular para uma vida digna, ou seja, assegurar às pessoas certo bem-estar social, ou, ao menos, as condições necessárias para que elas alcancem o estágio de uma felicidade geral (LEAL, 2013).

É válido, ainda, demarcar o postulado da busca à felicidade como vereda do direito à liberdade, assim como à igualdade, segurança e propriedade, ao passo que os cidadãos empunham da garantia de, aos seus modos, galgar aquilo que têm como sonho, objetivo ou pretensão necessária para atingir um estado de bem-estar singular.

Importa sublinhar que o artigo 6º da Carta Magna consagra os direitos sociais, inquestionáveis para o pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas e potencialização de uma felicidade geral. Por estas linhas de intelecção, percebe-se a conexão entre o direito e a felicidade, o projeto constitucional e o bem-estar.

A nossa Constituição Federal não usa a palavra felicidade. O seu texto, contudo, vem repleta de dispositivos que falam em bem-estar, expressão abraçada pela doutrina contemporânea – *well-being* – para designar felicidade de forma mais neutra. Além disso, há inúmeros dispositivos que encarnam o ideal de segurança, que, como vimos, compõe suporte fático da felicidade. [...] a Constituição Federal de 1988 está repleta de poros capazes de absorver os projetos individuais de felicidade, bem como de ampliar a felicidade coletiva (LEAL, 2013, p. 222-223).

Por fim, vale ressaltar ainda os ensinamentos do escritor Leal, quando assinala da existência de prazeres perversos e nobres. Diametral-

mente opostos, estes últimos, segundo o autor, são consagrados por ações virtuosas, a exemplo da honestidade, honra e fraternidade, de tal sorte, conferem validade à procura pela felicidade na medida que promovem o bem coletivo; enquanto que os primeiros são vistos como deturpações, ou seja, degenerações do real sentido de felicidade. Porquanto, os prazeres perversos devem ser terminantemente afastados e superados, vez que não são legítimas as condutas que, em nome de vícios flagrantes, causem dano e prejuízo a uma ou um grupo de pessoas.

Na década de 90, um caso oriundo da França gerou amplo debate acerca da satisfação de um grupo de pessoas em detrimento à dignidade de outras, nessa ocasião, discutia-se sobre a legalidade do nefasto jogo denominado “arremesso de anões”. No fim, julgou-se, inclusive pelas instâncias da Organização das Nações Unidas, pelo banimento da referida brincadeira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se, portanto, diante investigação pontual dos entendimentos jurisprudenciais emitidos por meio dos tribunais pátrios maiores, que o postulado da busca a felicidade, uma vez examinado com cautela e aplicado de forma harmoniosa aos objetivos constitucionais, revigora-se de virtuosa ferramenta na concretização de prerrogativas essenciais aos indivíduos. Exemplo disso é o incremento à saúde, educação, segurança ou seguridade social.

Sendo inteligível conceber o direito à busca pela felicidade como desdobramento do princípio da liberdade, bem assim da igualdade. Cumpre reiterar que o preceito ora em comento se reveste de um véu hermênutico formidável para arejar o sistema normativo e ventilar os novos anseios sociais sobre os intérpretes do ordenamento.

De tal sorte, pondera-se a esterilidade das normas junto à fertilidade dos fatos, fazendo com que a vida humana seja potencializada em suas máximas expressões, com o condão de zelar pelo livre desenvolvimento e a autodeterminação das pessoas – manifestações de um Estado que, por sua vez, consagra em seu projeto constitucional a vontade de promover o bem-estar dos indivíduos, seja singular ou coletivamente.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade**: História, Teoria, positivação e Jurisdição. 357 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade São Paulo, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Tradução de Pedro Galvão. Portugal: Porto Editora, 2005.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. 21º ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3º ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

6

Ensino da constituição federal nas escolas brasileiras: uma capacitação para o pleno exercício da cidadania

Francisco Edson de Medeiros Silva¹
José Augusto Lima da Silva²
Leandro Rogério Nunes Mendes³

Resumo:

Este trabalho verifica em que medida as normas infraconstitucionais brasileiras quanto á elaboração de currículos escolares atendem à determinação constitucional da preparação dos estudantes para o exercício da cidadania como objetivo da educação básica do País. A democracia posta no Brasil pela Constituição de 1988, para que seja efetiva, exige pessoas cientes de seus direitos, deveres e das garantias constitucionais, para que sejam capazes de exercer essa cidadania de forma mais adequada; então, é relevante verificar como as escolas prepararam esses cidadãos. Para fazer a verificação, primeiramente, faz-se um estudo sobre o conceito do termo cidadania, sua evolução e seu entendimento atual; depois, faz-se uma análise da legislação sobre o tema, partindo da Constituição Federal e seguindo com as normas infraconstitucionais.

1 Estudante do Curso de Direito do Campus Central da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN); e-mail: chiquedson@hotmail.com.

2 Estudante do Curso de Direito do Campus Central da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN); e-mail: augustolima.golv@gmail.com.

3 Estudante do Curso de Direito do Campus Central da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN); e-mail: leandro.rnm@gmail.com.

Foi realizada pesquisa qualitativa de cunho bibliográfico e documental. O estudo considerou os pensamentos de autores como: Ulisses F. da Silva, José Murilo de Carvalho, T. H. Marshall, José Afonso da Silva, Liszt Vieira e Jaime Pinsky; além disso, teve por base a Constituição Federal de 1988, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, o Plano Nacional de Educação, a Base Nacional Comum Curricular e o Projeto de Lei nº 3.380/2015, da Câmara dos Deputados. O conceito moderno de cidadania, além da participação na vida política e na vida pública, pressupõe condições efetivas de vida digna para as pessoas. Apesar das determinações constitucionais, os currículos escolares não têm tratado o tema com a relevância que se espera.

Palavras-chave: Cidadania. Constituição. Currículo. Educação Básica. LDB.

Abstract:

This piece verifies to what extent the Brazilian infraconstitutional rules reach the constitutional determination of the preparation for the exercise of citizenship as a goal of the Country's basic education regarding the elaboration of school curriculums. The democracy established in Brazil by the Constitution of 1988, in order to be effective, demands from people aware of their rights, duties and constitutional guarantees, to be able to exercise that citizenship more adequately; thus, it is relevant to check how schools prepare these citizens. In order to check that, first, a study is made about the meaning of the term 'citizenship', its evolution and the current understanding of the term; afterwards, it is made an analysis of the legislation related to the theme, starting from the Federal Constitution and then the infraconstitutional rules. It has been made a qualitative research of bibliographic and documental character. The study considered the thoughts of authors such as: Ulisses F. da Silva, José Murilo de Carvalho, T. H. Marshall, José Afonso da Silva, Liszt Vieira and Jaime Pinsky; furthermore, it was based on the Federal Constitution of 1988, the Law of Guidelines and Basis of National Education, the National Plan of Education, the National Common Curricular Basis and the Bill nº. 3.380/2015, of the Chamber of the Deputies. The modern concept of citizenship, besides of the participation in the politic life and the public life, implicates effective conditions of a dignified life for people.

Despite of constitutional determinations, the school curriculums haven't been treating the subject with the expected relevance.

Keywords: Citizenship. Constitution. Curriculum. Basic Education. LDB.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil de 1988, logo em seu art. 1º, reconhece a cidadania como um dos fundamentos de nossa República e, no art. 205, afirma a educação como um direito de todos e um dever do Estado, sendo uma de suas funções preparar para o exercício da cidadania. Pode-se inferir, da leitura desses dois dispositivos, que o nosso ordenamento jurídico, especialmente a Constituição Federal, impõe a inclusão, na educação básica formal, não só do ensino voltado à profissionalização das pessoas, mas, de forma clara, impõe a necessidade de oferecer uma base de conhecimento a respeito dos direitos, das garantias e dos deveres fundamentais, capaz de preparar as pessoas para o exercício mais adequado da cidadania.

Buscando garantir o cumprimento dessa função de preparar para o exercício da cidadania, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB), no inc. I, do seu art. 4º, estabelece a obrigatoriedade, para o Estado, de garantir a educação básica a cidadãos dos 4 aos 17 anos de idade e, no art. 22, atribui à educação básica a responsabilidade por assegurar uma formação comum indispensável para o exercício da cidadania.

Vê-se, pela leitura dos parágrafos anteriores, que a formação comum voltada à preparação para a cidadania é um direito fundamental previsto na Constituição Federal do Brasil de 1988, e que essa formação dever ser atribuição da educação básica, que inclui o ensino fundamental e o ensino médio. Dentro desse contexto, não se pode olvidar que os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição são temas indispensáveis ao cumprimento à formação desejada.

No entanto, a realidade brasileira aparenta que as escolas de educação básica têm voltado seus esforços muito para a formação de mão de obra para o mercado, dando pouca ênfase a aspectos da formação que

privilegiem o exercício da cidadania. Percebe-se isso no fato de que um elevado índice de pessoas conclui o ensino médio sem o devido conhecimento de seus direitos e deveres fundamentais e, portanto, não devidamente preparadas para participar da vida política e social de forma satisfatória. Diante desse cenário, questiona-se se estaria a determinação constitucional sendo ignorada no planejamento dos currículos do ensino básico brasileiro.

Pretende-se, por meio deste trabalho, defender a ideia de que se faz necessário dar mais espaço ao ensino da Constituição, no tocante aos direitos, garantias e deveres fundamentais nas escolas brasileiras do ensino básico, tendo em vista o desenvolvimento de uma sociedade mais participativa na vida política, promovendo o direcionamento do sistema educacional para formação de pessoas não só para o mercado de trabalho, mas também para o pleno exercício da cidadania.

Para entender e analisar o problema apresentado, será necessária a execução de duas tarefas essenciais; primeiramente, estudar o conceito de cidadania, sua evolução na história e seu sentido moderno; depois, analisar as previsões legais existentes quanto à inserção, dos conteúdos relacionados ao tema estudado, nos currículos das escolas, públicas e privadas, de ensino básico do Brasil.

Tendo em conta as disposições legais existentes no ordenamento brasileiro, principalmente no texto constitucional, e com o entendimento de que, num Estado Democrático de Direito, o ensino formal não é totalmente responsável, mas é necessário para que se garanta, de forma mais eficiente, a cidadania ao povo, este trabalho ganha relevância que justifica a sua realização.

Além da expressa determinação Constitucional e legal da inclusão do ensino voltado à formação da cidadania nas escolas do ensino básico do Brasil, a indiscutível importância que terá essa formação para o desenvolvimento de nossa democracia, especialmente no que tange à participação da população na vida política do país, questão cuja fragilidade “salta aos olhos” nos tempos hodiernos, justifica o debate desse tema.

Este trabalho foi realizado através de pesquisa do tipo bibliográfica e documental; neste último caso, uma pesquisa legislativa de cunho exploratória, com o objetivo de familiarizar os pesquisadores com o assunto e formular hipóteses que possam servir de base para futuras pes-

quisas na área.

No decorrer deste trabalho, far-se-á um relato sobre a cidadania como um direito fundamental, quando será feita uma breve retrospectiva histórica do sentido dado ao termo cidadania; posteriormente, será feita uma apresentação, ao leitor, das bases constitucionais e legais já vigentes no Brasil e que determinam e justificam a inclusão do tema nos currículos escolares.

A seguir, tem-se a considerações acerca do conceito de cidadania e sua evolução no tempo.

EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CIDADANIA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Segundo Araújo (2007), o conceito tradicional de cidadania como sendo um conjunto de direitos e de deveres pelos quais os cidadãos poderiam participar ativamente da vida política e da vida pública de uma nação, já não é mais suficiente para explicar o entendimento do termo hoje, que tem uma abrangência bem maior do que esse sentido tradicional. Esse autor diz, ainda, que se deve considerar, também, “a importância que o desenvolvimento de condições físicas, psíquicas, cognitivas, ideológicas, científicas e culturais exerce na conquista de uma vida digna e saudável para todas as pessoas” (ARAÚJO, 2007, p. 11). Essa mudança conceitual é resultado de uma evolução histórica.

Ao longo da história das civilizações, o homem atribuiu vários sentidos ao termo cidadania. Sua origem está ligada ao nascer das cidades Gregas, vinculando-se apenas aos direitos políticos. Naquela época, identificava-se o cidadão pela participação ativa nas assembleias onde se tomavam decisões que diziam respeito aos interesses de toda a coletividade. Porém, a cidadania desenvolvida tanto na Grécia quanto em Roma tinha natureza seletiva e restritiva, pois nem todas as pessoas que viviam nas cidades possuíam os mesmos direitos. Nesse contexto, Vieira (2002, p. 27) esclarece:

A República Moderna não inventou o conceito de cidadania, que, na verdade, se origina na República Antiga. A cidadania

em Roma, por exemplo, é um estatuto unitário pelo qual todos os cidadãos são iguais em direitos. Direitos de estado civil, de residência, de sufrágio, de matrimônio, de herança, de acesso à justiça, enfim, todos os direitos individuais que permitem acesso ao direito civil. Ser cidadão é, portanto, ser membro de pleno direito da cidade, seus direitos civis são plenamente direitos individuais. Mas ser cidadão é também ter acesso à decisão política, ser um possível governante, um homem político. Esse tem direito não apenas a eleger representantes, mas a participar diretamente na condução dos negócios da cidade.

Com a Revolução Francesa (1789 - 1799), o termo adquire um novo sentido, adotando o sinônimo de homem livre, detentor de direitos e obrigações a título individual, previstos em lei. A carta de Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sem dúvida, serviu de inspiração para a individualização e para a codificação destes direitos. É o que se deduz na leitura de seu art. 1.º, que diz: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”.

Na sociedade feudal britânica, segundo Marshall (1963, p. 64), “o *status* era a marca distintiva de classe e a medida de desigualdade” o autor prossegue informado que nas cidades medievais poderiam ser encontrados alguns exemplos genuínos de cidadania e igualdade, mas estes eram estritamente locais, não apresentavam o caráter de nacional que se exige atualmente.

Conforme Marshall (1963, p. 69), ainda fazendo uma análise da sociedade inglesa, “quando a liberdade se tornou universal, a cidadania se transformou de uma instituição local numa nacional”. No entanto, o mesmo autor (1963) lembra que, no século XIX, se os direitos civis já eram inerentes à questão da cidadania, o mesmo não se pode dizer com relação aos direitos políticos, que constituíam privilégio de uma classe econômica determinada. Estes só viriam a ser incorporados ao conceito de cidadania no século XIX.

Na modernidade, com base na análise histórica da evolução da cidadania na Inglaterra, teríamos que a cidadania só atingiria sua plenitude quando abrangidas as três dimensões do direito: a dos direitos civis, a dos direitos políticos e a dos direitos sociais.

De acordo com Ferreira Filho, citado por Benfatti (2014, pos. 2027-31), cidadania é “[...] um *status* ligado ao regime político. Assim, é correto incluir os direitos típicos do cidadão entre aqueles associados ao regime político, em particular entre os ligados à democracia”; entretanto, apesar do forte vínculo existente entre cidadania e direitos políticos, é notório que o sentido atual o termo cidadania vai além desses direitos políticos.

Pinsky (2005, p. 9), por sua vez, nos traz a ideia de que a “cidadania não é uma definição estanque, mas um conceito histórico, o que significa que seu sentido varia no tempo e no espaço”; dessa forma, segundo ele, o conceito de cidadania poderia adquirir novas acepções em lugares e épocas diferentes.

No Brasil, em termos de cidadania, os direitos sociais precederam os civis e políticos (CARVALHO, 2002). Houve, portanto, uma inversão com relação à lógica da evolução da cidadania verificada na Inglaterra, como exposto anteriormente.

Segundo Carvalho (2002, p. 17), desde o Império, iniciado em 1822 com a declaração da independência, até o final da Primeira República, em 1930, “do ponto de vista do progresso da cidadania, a única alteração importante que houve nesse período foi a abolição da escravidão, em 1888”, embora a inclusão dos ex-escravos como beneficiários dos direitos civis tenha sido mais formal do que real.

À época da independência, não havia cidadãos brasileiros, nem pátria brasileira; afinal, a nossa colonização teve conotação meramente comercial (CARVALHO, 2002). A escravidão e a grande propriedade não favoreciam o desenvolvimento de cidadania no país; numa posição intermediária entre escravos e senhores, existia uma população de pessoas livres, no entanto, não haviam condições dignas que lhes possibilitasse a cidadania. Nem mesmo em relação aos senhores, poder-se-ia atribuir a condição de cidadão, visto que “eram simples potentados que absorviam parte das funções do Estado” (CARVALHO, 2002, p. 21). Dentro de um contexto como esse, impossível se pensar, então, na existência de um processo de educação formal.

A Constituição outorgada de 1824 trouxe regulação de direitos políticos, estabelecendo quem teria direito a votar e a ser votado. Em 1881, uma lei proibiu o voto dos analfabetos. “Do ponto de vista da representação política, a Primeira República (1889-1930) não signifi-

cou grande mudança” (CARVALHO, 2002, p. 41). Era normal que os eleitores fossem coagidos, enganados, comprados; não houve nenhuma experiência política prévia que preparasse o cidadão para exercer suas obrigações cívicas (CARVALHO, 2002).

Nesse período, portanto, apesar de surgirem direitos políticos, verifica-se que os civis só existiam formalmente e os sociais eram praticamente inexistentes e direitos sociais eram quase que inexistentes, vindo a aparecer alguma coisa de legislação trabalhista já no final da Primeira República.

De 1930 a 1964 aceleraram-se as mudanças sociais e políticas no país, especialmente quanto aos direitos sociais, com uma vasta legislação trabalhista e previdenciária. Nessa época, os direitos políticos tiveram uma fase de instabilidade, alterando-se ditaduras e regimes democráticos (CARVALHO, 2002). Houve, também, nesse período, uma crescente participação do povo na política, especialmente a partir de 1945 (CARVALHO, 2002).

Com a instalação do período político brasileiro conhecido como “Ditadura Militar”, em 1964, que durou até 1985, os direitos civis e políticos sofreram fortes restrições; no entanto, nesse período, expandiram-se os direitos sociais, como a universalização da previdência, criação do FGTS, por exemplo (CARVALHO, 2002).

Em 1985, com a eleição de Tancredo Neves, tivemos o retorno da supremacia civil, que foi coroada em 1988 com a promulgação da chamada “Constituição Cidadã”, a mais social e democrática que o Brasil já teve. Apesar de ainda termos muitos problemas na área social, os direitos civis, sociais e políticos foram muito ampliados.

BASES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS PARA O ENSINO DA CONSTITUIÇÃO NAS ESCOLAS DO ENSINO BÁSICO BRASILEIRO

A cidadania é elemento essencial a um Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o art. 1º, inciso II, da Constituição de 1988.

Essa mesma Carta, em seu art. 205, coloca a educação como um direito de todos e um dever do Estado, e põe como uma de suas funções preparar para o exercício da cidadania. Percebe-se daí a relevância do tema dentro do Estado brasileiro e se pode deduzir, com base no conceito moderno de cidadania, que o conhecimento quanto aos direitos e garantias fundamentais é imprescindível para o seu pleno exercício.

Em consonância com isso, e atendendo ao disposto no inciso XXIV, do art. 22, da Constituição, foi editada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB), disciplinando a educação escolar. No inc. I, do seu art. 4º, estabelece-se a obrigatoriedade, para o Estado, de garantir a educação básica, que compreende a pré-escola, o ensino fundamental e o ensino médio, a cidadãos dos 4 aos 17 anos de idade. Já o art. 22 da mesma lei coloca como atribuição da educação básica assegurar a formação comum indispensável para o exercício da cidadania, buscando dar efetividade ao comando constitucional já visto acima.

O art. 26 da LDB, que determina como os diversos conteúdos deverão compor os currículos da educação básica, em seus três níveis, não trata de forma direta sobre a formação para a cidadania, embora se possa extrair alguns temas com os quais se pode fazer uma relação, como: realidade social e política, que é conteúdo obrigatório, conforme o caput; direitos humanos e prevenção à violência contra criança e adolescente (§ 9º), estes dois últimos como temas transversais, ou seja, trazendo-os para o processo de ensino-aprendizagem por meio de análise de situações do cotidiano relacionadas aos conteúdos sistematizados das diversas disciplinas.

A inclusão de novos componentes curriculares obrigatórios, de acordo com o §10, do art. 26 da LDB, dependerá de aprovação pelo Conselho Nacional de Educação e de homologação pelo Ministro de Estado da Educação.

Há, no inciso I, do art. 27 da LDB, como diretriz a ser observada pelos currículos da educação básica, “a difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres dos cidadãos [...]”.

Sobre a educação infantil, cujo objetivo é o “desenvolvimento integral da criança até 5 (cinco) anos de idade”, o assunto é tratado do art. 29 ao art. 31 da LDB, e não se vê nenhum direcionamento direto ao ensino de aspectos constitucionais voltados à preparação para a cidadania.

Do art. 32 ao art. 34, a LDB trata do ensino fundamental obrigatório, que se inicia aos 6 (seis) anos e cujo objetivo é a formação básica do cidadão (art. 32, *caput*), incluindo temas como: ambiente social, sistema político, formação de valores e direitos da criança e do adolescente.

Com relação ao ensino médio, que é a etapa final do ensino básico, tratado na LDB no art. 35 e no art. 35-A, uma de suas finalidades é a preparação básica para a cidadania (art. 35, inciso II), no entanto, não traz essa lei nenhuma determinação direta quanto ao ensino de aspectos constitucionais em seu currículo, embora haja a previsão de que seus currículos deverão considerar a formação integral do aluno, o que, certamente, inclui a formação para a cidadania.

O currículo do ensino médio, conforme o art. 36 da LDB, deverá ser composto pela Base Nacional Comum Curricular (BNCC) e por itinerários formativos, em diferentes arranjos curriculares, considerando a relevância para o contexto local e a possibilidade do sistema de ensino.

Percebe-se, na leitura da LDB que, apesar dela dispor sobre a formação básica do cidadão, como objetivo do ensino fundamental obrigatório, e sobre a preparação básica para a cidadania, como uma das finalidades do ensino médio, não prevê expressamente o ensino dos direitos e garantias constitucionais nessas fases da vida dos alunos.

Além da LDB, outra lei importante na regulamentação do ensino no Brasil é a Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, que aprova o Plano Nacional de Educação (PNE), que tem vigência de 10 anos e estabelece a formação para a cidadania como uma diretriz (art. 1º, inciso V), servindo de paradigma para os planos de educação dos demais entes federados (art. 8º).

O Conselho Nacional de Educação (CNE), por sua vez, editou, em 22 de dezembro de 2017, a Resolução CNE/CP nº 2, instituindo e orientando a implantação da Base Nacional Comum Curricular (BNCC), a ser observada, obrigatoriamente, no âmbito da educação básica.

Todos os currículos da educação básica devem tê-la como referência e incluir uma parte diversificada, respeitando as determinações legais, atendendo a especificações locais e regionais (art. 7º). Devem, ainda, considerar o contexto e as características dos estudantes; e incluir, de forma transversal e integradora, temas contemporâneos relevantes para o desenvolvimento da cidadania (art. 8º, §1º).

Para o currículo da educação infantil, a exemplo do que ocorre na LDB, a BNCC não trata de nenhum conteúdo diretamente ligado ao

exercício da cidadania, conforme se pode apreender do seu art. 10.

Para o ensino fundamental, em seu art. 14, na área de ciências humanas, prevê competências relacionadas a respeito de diferenças, promoção de direitos humanos e consciência socioambiental. A Resolução nº 2/2017 - CNE/CP, não trata, de forma específica, do currículo do ensino médio, apenas faz a determinação de que todas as etapas e modalidades do ensino básico, que inclui o ensino médio, deverão ter a BNCC como referência obrigatória.

Atualmente, aguarda revisão pela Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) nº 3380/2015, apresentado em 21 de outubro de 2015, oriundo do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 70/2015, de autoria do Senador Romário (PSB/RJ). Esse projeto de lei, por intermédio de um substitutivo apresentado pelo Senador Roberto Rocha (PSB/MA), foi aprovado pelo Senado em 6 de outubro de 2015 visando alterar dispositivos da LDB no tocante aos currículos da educação básica.

Nesse projeto de lei, são propostas duas alterações à LDB, ambas no sentido efetivar a previsão constitucional de uma educação que prepara para a cidadania. A primeira é ao inciso I do art. 27 da referida Lei, incluindo, como diretriz para os conteúdos curriculares da educação básica, o estudo da Constituição Federal, ficando o dispositivo alterado, com o seguinte texto (grifo nosso):

Art. 27.
I – difusão de valores fundamentais ao interesse social e aos direitos e deveres dos cidadãos e de respeito ao bem comum e à ordem democrática, **com a introdução do estudo da Constituição Federal;**

A segunda alteração proposta é ao inciso do inciso II do art. 32, da LDB, reforçando a necessidade de uma formação para cidadania e para o desenvolvimento de valores éticos e cívicos, da seguinte forma (grifo nosso):

Art. 32.
II – a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, **do exercício da cidadania**, da tecnologia, das artes e dos valores **éticos e cívicos** em que se fundamenta a sociedade;

Observe-se que, apesar de não haver, nesse projeto de lei, a previsão de inclusão de nenhuma disciplina obrigatória quanto ao tema, no entanto, serve para reforçar a necessidade de inclusão dele, de forma mais direta, nos currículos escolares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A educação básica é, sem dúvidas, reconhecida no Brasil como um direito fundamental dos cidadãos. Por outro lado, não se pode olvidar de que ela é, também, uma ferramenta primordial e excepcional para a disseminação do conhecimento quanto à estrutura do Estado brasileiro, do Poder e das instituições que garantem a democracia; evidente, ainda, é sua importância para a efetividade dos direitos, dos deveres e das garantias fundamentais necessários ao exercício da cidadania.

O exercício da cidadania, nos dias atuais, pressupõe a participação efetiva de todos os cidadãos na vida política e na vida pública, como se concebe tradicionalmente, mas, também pressupõe a garantia de condições para uma vida digna às pessoas. Faz-se mister que esses aspectos sejam observados tanto na teoria quanto na prática e, neste ponto, as escolas de ensino básico podem desempenhar um papel mais efetivo para o desenvolvimento da cidadania.

Durante o desenvolvimento deste trabalho, foi visto que, considerando o disposto na Constituição Federal do Brasil, promulgada no ano de 1988, o Estado tem o dever de incluir, nos currículos do ensino básico, que engloba o ensino fundamental e o ensino médio, conteúdos voltados à preparação para o exercício da cidadania. Porém, mesmo sendo uma finalidade constitucional da educação, os conteúdos relacionados à cidadania só são tratados, nas escolas, de forma transversal, por temas contemporâneos considerados relevantes. Não há nenhuma determinação legal no sentido de incluir, nos currículos escolares, alguma disciplina obrigatória voltada ao objetivo do debate.

A transversalidade é uma boa forma de proporcionar parte dos conhecimentos necessários e pode ser aplicada em todos os três níveis da educação básica, no entanto, parece não ser suficiente para cumprir de forma efetiva a finalidade destinada pela Constituição à educação. O tratamento simplesmente por esse meio torna precário esse objetivo de

preparar para a cidadania que, na verdade, é de suma importância para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Um fator que demonstra essa precariedade no preparo para o exercício da cidadania é o perceptível baixo nível de participação política efetiva de nossa população, não desprezando, contudo, os avanços que já obtivemos ao longo da história do país, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988.

Entende-se, dessa forma, que seria necessário para cumprir o disposto na Constituição de forma adequada, a inclusão, pelo menos quanto ao currículo do ensino médio, de disciplina obrigatória com conteúdo voltado para as normas materialmente constitucionais, especialmente sobre os direitos, deveres e garantias fundamentais.

Por fim, sugere-se, como forma de complementar e aprofundar esse estudo, que se façam pesquisas nas escolas na tentativa de identificar se tem sido efetivada a inclusão do tema, mesmo que de forma transversal, e, se for o caso, como tem sido trabalhado e que resultados se tem alcançado. Relevante, também, seriam estudos que pudessem verificar o nível de aprendizado dos alunos, em cada fase do ensino básico, quanto aos aspectos constitucionais importantes para o exercício de sua cidadania.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ulisses F. A educação e a construção da cidadania: eixos temáticos da ética e da democracia. In: MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Ética e cidadania: construindo valores na escola e na sociedade. Brasília: **Ministério da Educação**, Secretaria de Educação Básica, 2007. 84 p. Disponível em: <<http://portaldoprofessor.mec.gov.br>>. Acesso em: 03 out. 2018. ISBN 978-85-7783-001-5. p. 11-20.

BENFATTI, Fabio Fernandes Neves. **Direito do desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2014, Kindle Edition. ISBN 978850222951-8.e dos valores éticos e cívicos em que se fundamenta a sociedade;

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.380/2015**. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para dispor sobre os currículos da educação básica. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb>>. Acesso em: 02 out. 2018.

_____. Conselho Nacional de Educação. Resolução CNE/CP nº 02, de 2017. Institui e orienta a implantação da Base Nacional Comum Curricular. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 22 dez. 2017. Seção 1, p. 41. Disponível em: <www.mec.gov.br>. Acesso em: 7 jul. 2018.

_____. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 6 jul. 2018.

_____. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 26 jun. 2014 (Edição extra). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 7 jul. 2018.

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

DIAS, L.; OLIVEIRA, L. Acesso à educação jurídica: pela inclusão do ensino jurídico na grade curricular do ensino regular. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, v. 8, n. 1, p. 03 - 20, 28 out. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/8159/5897>>. Acesso em: 7 jul. 2018.

MARSHALL, T. H. **Cidadania e classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1963.

PINSKY, Jaime. Introdução. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Basanezi (orgs.). **História da cidadania**. 3. ed. São Paulo: contexto, 2005.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

7

O DIREITO E A LITERATURA: UMA ANÁLISE ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DO CONTO NEGRINHA DE MONTEIRO LOBATO

.....
Dione Célida do Nascimento¹

Resumo:

O presente trabalho objetiva analisar a relação do Direito com a Literatura, verificando a possibilidade de haver uma aproximação entre estas duas áreas distintas do conhecimento. Partindo da ideia de que uma obra literária não está voltada apenas para ficção, analisaremos um conto literário dando ênfase a temática dos direitos fundamentais. Inicialmente, faremos uma breve reflexão acerca do Direito e a Literatura. Posteriormente, traremos uma análise sucinta sobre os direitos fundamentais, destacando sua importância para sociedade, a origem e a evolução ao longo das Constituições brasileiras. Por fim, nos deteremos a análise do conto Negrinha do autor Monteiro Lobato, pois este conto reflete bem a relação das duas áreas em estudo, uma vez que o contexto da obra nos permite analisar a eficácia dos direitos fundamentais na sociedade. O conto em destaque é uma obra de suma importância para entendermos o contexto sócio-histórico da sociedade pós-abolicionista, e assim per-

.....
1 Graduada em Letras pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).
Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).
Especialista em Literatura e ensino pelo Instituto Federal do Rio Grande do Norte (IFRN).

cebemos o quão relevante é para o mundo jurídico a temática abordada. Nossa pesquisa foi realizada através de revisão bibliográfica, embasada em autores que nos deram suporte acerca da temática discutida, tais como José Afonso da Silva, Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo, Sérgio Domingos, entre outros. Verificamos ao longo desta pesquisa que é possível trabalhar o Direito e a Literatura de forma harmoniosa contribuindo assim para que o leitor possa ampliar suas reflexões acerca dos inúmeros conflitos sociais que o Direito tenta solucionar.

Palavras-chave: Direito. Direitos fundamentais. Literatura.

Abstract:

The present work aims to analyze the relationship between law and literature, verifying the possibility of an approximation between these two distinct areas of knowledge. Starting from the idea that a literary work is not turned only for fiction, we will analyze a literary tale emphasizing the theme of fundamental rights. We will begin with a brief reflection on law and literature. Later we will bring a brief analysis on fundamental rights, highlighting their importance for society, the origin and evolution throughout the Brazilian constitutions. Finally, the analysis of the tale *Negrinha* by the author Monteiro Lobato, as this account reflects well the relationship of the two areas under study, since the context of the work allows us to analyze the effectiveness of fundamental rights in society. The featured story is a work of great importance to understand the socio-historical context of post-abolitionist society, and thus we perceive how relevant to the legal world is the subject matter. Our research was carried out through bibliographic review, based on authors who gave us support on the subject discussed, such as José Afonso da Silva, Marcelo Alexandrino and Vicente Paulo, Sérgio Domingos, among others. Throughout this research we have verified that it is possible to work law and literature in a harmonious way, thus helping the reader to broaden his reflections about the numerous social conflicts that the law tries to solve.

Keywords: Law. Fundamental rights. Literature.

INTRODUÇÃO

Por muito tempo se pensou na Literatura e no Direito como áreas do conhecimento distintas e sem possibilidade de haver aproximação alguma entre elas. No entanto, essa não seria a maneira mais coerente de pensarmos. Se o Direito é posto para sociedade, a Literatura também exerce esse papel. É nesse intuito que buscamos formas de correlacionar estas duas áreas de estudo a fim de traçar um paralelo de forma interdisciplinar.

Este trabalho busca, de uma forma geral, abordar a relação do Direito com outras áreas do conhecimento, tais como a Literatura. De uma forma mais específica, trazer uma reflexão acerca da eficácia dos direitos fundamentais no contexto do conto *Negrinha* de Monteiro Lobato.

Será feita uma reflexão inicial acerca da relação do Direito com a Literatura, enfatizando a importância de nos atentarmos para o texto literário com outros olhos, a fim de observarmos o que ele nos oferece de fato, além da ficção.

Faremos uma breve análise acerca dos direitos fundamentais ao longo do tempo, enfatizando sua importância, como também a origem e a evolução no decorrer das Constituições. Daremos ênfase também ao que dispõe a nossa Constituição sobre tais direitos e analisaremos o pensamento de alguns autores sobre a eficácia desses direitos na prática.

Por fim, nos deteremos à análise do conto em estudo, ressaltando acerca da não observância dos direitos fundamentais nesta obra literária, como forma de denunciar o que estava ocorrendo de fato na sociedade pós-abolicionista. Analisaremos, de forma mais detalhada, a personagem *Negrinha*, sua vida e os inúmeros maus tratos ao qual ela estava sujeita.

Nossa pesquisa é de cunho bibliográfico e está embasada em alguns autores que abordam acerca dos direitos fundamentais e sua importância para sociedade, tais como José Afonso da Silva e Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo. Traremos também o pensamento de autores como Paulo Hipólito e Enio Passiani que nos deram respaldo sobre a relação da Literatura com outras áreas do conhecimento e, além disso, teremos respaldo na leitura do conto em análise.

O DIREITO E A LITERATURA

É de crucial importância a tratativa humanística que o aplicador do Direito deve ter perante a ciência jurídica, tendo em vista que será constantemente demandado a solucionar conflitos sociais, envolvendo pessoas diferentes, cada uma com suas especificidades e almejos. Essa aproximação interdisciplinar permite, então, que a resolução desses problemas se dê da forma mais harmoniosa possível, assim como abre espaço para uma reflexão mais crítica do cotidiano jurídico e os institutos a ele inerentes.

A Literatura é uma área de estudo que se interliga com outras áreas, tais como: a História, a Sociedade, a Cultura, o Direito, entre outras. Hoje, não podemos pensar em tais áreas de maneira isolada, mas é preciso trabalharmos de forma harmônica dentro de um contexto sócio-histórico. A Literatura não é apenas ficção, é possível percebermos o real se misturando com o imaginário dentro das obras literárias. Segundo Hipólito (2010, p. 2) “na literatura, o imaginário e o real se confundem e se fundem para conferir ao mundo uma nova representação, um novo sentido”.

O texto literário busca expor, mesmo que por vezes de forma fantasiosa, a realidade em que o autor se encontra inserido. Para além da ficção, tais textos retratam contextos sociais complexos e distintos (sejam essas diferenciações encontradas nas características da sociedade em questão, ou na época em que cada um foi escrito), auxiliando àqueles que leem na compreensão das diversidades que o ser humano pode atingir.

Sendo assim, é imprescindível a aproximação da Literatura com o Direito, tendo em vista que quem aplica o direito precisa, primeiramente, entender a pessoa com quem está lidando, assim como também a sociedade na qual está inserido. A afinidade entre os dois ramos do conhecimento em questão concede efetividade a um mecanismo que, em certas situações, se mostra pouco criativo e distante do cotidiano para a solução de conflitos sociais.

O Direito, por sua vez, é o ramo do conhecimento apto para regular as relações sociais e dirimir seus conflitos. A nossa Constituição Federal define de forma explícita os direitos e deveres dos cidadãos. Ao

longo da evolução do Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi a que mais ampliou o rol dos direitos individuais e sociais, tornando-se conhecida como a Constituição cidadã.

No título II da Constituição há previsão quanto aos direitos e garantias fundamentais de cada cidadão. O capítulo I deste título trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, sendo detalhado em seu art. 5º. O capítulo II aborda acerca dos direitos sociais (arts. 6º aos 11). O capítulo III trata da nacionalidade (arts. 12 e 13). O IV aborda os direitos políticos (arts. 14 aos 16) e por fim o capítulo V faz referência aos partidos políticos (art. 17).

O artigo 5º caput inicia trazendo um dos mais importantes enunciados, tratando do princípio da igualdade ao prevê que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” (CF, 1988) sem dúvida este é um princípio amplo e requer bastante reflexão acerca da sua real eficácia. Domingos (2002, p.191) acerca desta questão faz importante ressalva ao afirmar que “o importante não é apenas positivar os direitos fundamentais, mas dotá-los de meios capazes de se tornarem efetivos no mundo jurídico, e, com isso, que não venham a ser passíveis de constantes violações”.

Ainda no caput do art. 5º o legislador prevê outros importantes direitos que deverão ser invioláveis, tais como, o direito à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade. Para assegurar a efetividade de tais direitos, a Constituição coloca em evidência uma série de garantias individuais.

Vale salientar, no entanto, a necessidade de que estes direitos atinjam o objetivo máximo de proteção ao indivíduo. Para tanto, conforme o entendimento de Domingos (2002), é necessário que haja remédios aptos a atuar contra a inércia do Estado.

UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Refletir sobre os direitos fundamentais no nosso contexto atual é de essencial importância. Todo ser humano precisa estar protegido contra atos abusivos e “através da Constituição” é possível estarmos ampa-

rados legalmente, uma vez que ela nos assegura uma série de direitos fundamentais, no entanto é preciso estar atento quanto à eficácia destes direitos na sociedade de fato.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA IMPORTÂNCIA PARA SOCIEDADE

Os direitos fundamentais são de extrema relevância para o ser humano, pois são estes direitos que protegem o cidadão contra possíveis violações por parte do Estado, garantem uma vida digna ao cidadão, como também a proteção a liberdade e a igualdade. Porém faz-se necessário estarmos atentos à efetivação destes direitos na prática.

Os direitos fundamentais são os direitos mais básicos de todo e qualquer cidadão. Em essência, são direitos representativos das liberdades públicas, formando valores eternos e universais. Tais valores são verdadeiras imposições ao Estado, que tem o dever de proteger e resguardar esses direitos (PESTANA, 2017, s.p.).

No entanto, é necessário reconhecermos que eles estão em evolução contínua na sociedade. Como sabemos, o Direito está intrinsecamente relacionado com a sociedade e esta passa por constante evolução e transformação, logo, os direitos fundamentais percorrem este mesmo trajeto, por isso não podem ser considerados como algo pronto, acabado. Nesse sentido, Silva (2017) aborda que a medida que a humanidade vai evoluindo, novos direitos são conquistados, havendo assim ainda um longo caminho a ser percorrido.

Os direitos fundamentais possuem características importantes, entre elas destacamos a imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, e a efetividade.

Sabemos que os direitos fundamentais são imprescritíveis, uma vez que eles não se esgotam no tempo. São inalienáveis, pois não é possível transferi-los a outro. Em regra, são irrenunciáveis, uma vez que não devem ser passíveis de renúncia. São invioláveis, uma vez que o Estado não pode deixar de observá-los ou infringir tais direitos por meio de atos

abusivos. São universais, pois deve alcançar todos os cidadãos e por fim devem ser efetivos, cabendo ao poder público uma atuação positiva para garantir a efetivação destes na sociedade.

Por fim, é interessante enfatizarmos que embora os direitos fundamentais estejam positivados na nossa Constituição e sejam de extrema relevância para o contexto social no qual o cidadão está inserido, faz necessário chamar a atenção para a questão dos direitos fundamentais não serem absolutos. Eles são direitos relativos uma vez que encontram limites em outros direitos presentes também na nossa Carta Magna. Logo, é importante que o aplicador do Direito estabeleça limites e resolva possíveis conflitos desses direitos de forma harmoniosa.

ORIGEM DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Paulo e Alexandrino (2009) ressaltam que a origem dos direitos fundamentais guarda uma relação com a forte necessidade de haver uma restrição contra os atos abusivos do Estado, ou seja, o principal motivo do surgimento dos direitos fundamentais foi proteger o indivíduo contra atos arbitrários e abusivos que de certa forma restringia a liberdade individual do cidadão. Com essa proteção o indivíduo seria capaz de exigir a abstenção do Estado para ter garantido o respeito a sua liberdade.

Ao falar da origem dos direitos fundamentais é importante destacarmos as dimensões ou gerações destes direitos. Tradicionalmente é reconhecido no meio jurídico três gerações.

Os de primeira geração traduz-se nas liberdades negativas clássicas, englobando o direito à vida, à liberdade de expressão, entre outros. Seu surgimento foi por volta do século XVIII, configurando como uma resposta ao Estado absoluto. Os de segunda geração representam a igualdade material entre os homens, compreendendo as exigências de prestações sociais ao Estado, tais como, saúde, educação, assistência social, entre outros. Por tais motivos são conhecidos também como direitos do bem-estar. Por fim, os de terceira geração representam os interesses difusos, ou seja, não estão destinados de maneira específica a proteger os interesses individuais. São exemplos destes direitos a proteção ao meio ambiente, a defesa do consumidor, entre outros.

Faz-se necessário ainda abordarmos acerca dos destinatários dos

direitos fundamentais. Inicialmente, tais direitos eram destinados apenas a pessoas naturais, no entanto, posteriormente, foi reconhecido os direitos fundamentais também em favor de pessoas jurídicas.

A origem dos direitos fundamentais não possui um marco determinado, no entanto há algumas correntes jusfilosóficas que tentam explicar o início de tais direitos na sociedade. Dentre elas tem destaque a corrente jusnaturalista, a juspositivista e o realismo jurídico.

Para corrente jusnaturalista, os direitos fundamentais já existiam antes mesmo de passar a existir qualquer lei na sociedade. Essa concepção defende que os direitos fundamentais estão ligados ao próprio ser humano, é algo natural que advém da própria natureza, independente da ação humana, logo segundo o jusnaturalismo, nos primórdios tais direitos já existiam na humanidade. Já a corrente positivista entende que tais direitos advém da norma positivada, ou seja, é necessário haver uma ação humana neste sentido. O realismo jurídico por sua vez, compreende tais direitos como fruto do longo processo histórico, através das conquistas obtidas pela sociedade (PESTANA, 2017).

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO LONGO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Já dissemos anteriormente que os direitos fundamentais estão em constante evolução. Dessa forma, iremos expor um breve histórico desses direitos ao longo das nossas Constituições.

Iniciaremos abordando acerca da Constituição de 1824, a do império do Brasil. Silva (2017) enfatiza que esta foi a primeira Constituição no mundo a positivar os direitos do homem. Trazia o título “Garantia dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”. Esta Constituição trouxe de forma explícita uma série de direitos individuais, no entanto Matos (2017) ressalta que na prática estes direitos não tinham eficácia. Interessante ressaltar que esta Constituição previa em seu art. 179, inciso XIX que ficariam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis, entretanto Matos (2017) enfatiza que ainda eram utilizados instrumentos de castigo nas senzalas.

Prosseguindo, temos a Constituição de 1891, considerada a pri-

meira Constituição Republicana do país. Esta carta assegurava tanto a brasileiros como a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos no que se refere à liberdade, segurança e à propriedade.

A seguir, veio a Constituição de 1934 que além de trazer os direitos fundamentais já previstos nas Constituições anteriores, inovou trazendo um novo título “Da ordem econômica e social”. Como bem cita Silva (2017) esta Constituição passou a reconhecer os direitos econômicos e sociais do homem, embora de forma não muito eficaz.

Em seguida, o Brasil viveu um totalitarismo através da Constituição de 1937. Vários direitos do cidadão foram suprimidos, representando assim um retrocesso para a sociedade brasileira. Só na Constituição de 1946 foi possível restabelecer os direitos antes existentes na Carta de 1934, além disso, trouxe dois títulos referentes aos direitos de nacionalidade e cidadania e os direitos e garantias individuais. A Carta de 1946 trouxe outras inovações como o *habeas corpus*, o mandado de segurança e a ação popular. Tivemos ainda a Constituição de 1967, a qual recebeu forte influência da CF de 1937, no que diz respeito às características de ambas. Foi uma Constituição com traços de autoritarismo, uma vez que atribuiu à União e ao Presidente da República mais poderes e “por outro lado” diminuiu e suspendeu direitos e garantias constitucionais dos cidadãos.

Por fim, chegamos a nossa Constituição atual, a Carta cidadã, conhecida como a Constituição que mais ampliou o rol dos direitos e garantias individuais. A Carta magna de 1988 trouxe grandes inovações para o Estado brasileiro. Em seu artigo 1º, já vemos uma importante inovação ao constituir a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental. Percebemos, então, a preocupação do legislador voltada para o cidadão e para positivar direitos relativos a este.

É notório, sem dúvida, o grande progresso que ocorreu na nossa atual Constituição. O art. 5º traz de forma explícita a proteção à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade. Daremos mais atenção aos três primeiros direitos.

Um dos mais importantes desdobramentos do direito à vida é o direito à integridade física, ou seja, a proteção do indivíduo contra atos violentos ao seu corpo. Em seu art. 5º, inciso III a CF é clara ao afirmar que “ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante”. Importante destacar que essa proteção não se resume apenas

a integridade física, mas também a integridade moral do ser humano. A preocupação do legislador em proteger o ser humano contra a tortura foi tão grande que ele considerou a prática deste ato, crime inafiançável e insuscetível de graça.

Outra importante proteção positivada pelo legislador foi o direito à igualdade. A CF prevê que todos são iguais perante a lei. A proibição de distinção de raça, origem e cor consagra um importante desdobramento do direito à igualdade. Para dar maior efetividade a este direito, o legislador ainda consagra o racismo como crime inafiançável e imprescritível. O legislador também se preocupa com a igualdade entre homens e mulheres. O art. 5º, inciso I da CF (88) diz que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Por fim, trataremos um pouco sobre o direito à liberdade, dando ênfase tanto a liberdade de locomoção como também a liberdade de expressão. A liberdade de locomoção traduz-se no direito de ir e vir. O art. 5º, inciso XV enfatiza que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. Sabemos que no período da escravidão os escravos não tinham direito a essa liberdade, uma vez que eram tratados como verdadeiros objetos, sendo considerados propriedades dos seus patrões.

A liberdade de expressão, por sua vez, constitui-se no direito de expressar suas opiniões e pensamentos, seja político, religioso ou filosófico. Como seres humanos, vivemos em constante contato uns com os outros e faz-se necessário essa liberdade de expor as nossas ideias, assim como também é importante que seja assegurado o respeito às opiniões individuais. A CF/88 considera livre a manifestação de pensamento, não sendo permitido, porém, o anonimato.

Traçando todo este panorama acerca dos direitos Fundamentais, percebemos uma vasta evolução comparando a Constituição atual com as passadas, no entanto, é preciso observar se os direitos positivados estão realmente sendo eficazes na atual conjuntura. Não basta positivá-los é preciso mecanismos para que o Estado cumpra seu papel de proteção ao cidadão.

UMA BREVE ANÁLISE DO CONTO NEGRINHA

Tendo abordado acerca dos dois ramos do conhecimento, ao qual pretendemos relacionar neste trabalho, proporemos uma breve análise ainda sobre o conto Negrinha, buscando enfatizar a ineficácia dos direitos fundamentais no contexto desta obra.

Por volta do final do século XIX e início do século XX, a Literatura viveu o período conhecido como o pré-modernismo. Tal período é caracterizado pelo interesse nas questões sociais vivenciadas no nosso país e pela forte crítica aos problemas enfrentados pela sociedade. “A literatura pré-modernista, em certo sentido, modificou e aproximou as relações entre escritor e público ao se tornar porta-voz desse público, dos seus anseios, desejos e necessidades” (PASSIANI, 2002, p. 248).

É neste ambiente literário que se destaca o escritor Monteiro Lobato, conhecido pela sua crítica aos problemas sociais. Com a influência do pré-modernismo, Lobato destaca em suas obras uma temática voltada para a investigação da realidade do seu país e “através da linguagem literária” ele reflete e conduz o leitor a uma reflexão sobre tal realidade.

Neste contexto, damos ênfase ao conto Negrinha, uma vez que o autor faz uso da sua crítica para denunciar a realidade social dos negros no cenário histórico do Brasil. Lobato procura mostrar neste conto que embora já houvesse sido proclamada a República e também a libertação dos escravos no Brasil, através da Lei Áurea, não houve de fato mudança para os “ex-escravos” que permaneciam ainda a margem da sociedade, vivendo com traços de escravidão. Esta situação já nos mostra a ineficácia de um direito relativo aos escravos, uma vez que a lei que promoveu a liberdade destes não se responsabilizou pela integração ao meio social, nem proporcionou de fato uma vida digna.

A temática deste conto é de suma importância também para refletirmos acerca da desigualdade entre as pessoas, o racismo, e o preconceito. O autor se utiliza de personagens fictícios para denunciar a dura realidade a qual os ex-escravos estavam submetidos. Lobato, através da personagem Negrinha traz à tona a discriminação, mostrando o quanto ela era considerada inferior por ser de origem negra. A narrativa nos mostra ainda a tortura, os inúmeros castigos desumanos e os trabalhos forçados aos quais estavam submetidos os escravos.

O conto nos relata que Negrinha era uma criança que nasceu na senzala, filha de uma escrava e que ficou órfã aos quatro anos de idade. Ao perder a mãe, ela passa a viver com Dona Inácia, a patroa da sua mãe. O termo “senzala” nos remete à fase da escravidão, pois ela era a habitação destinada aos escravos.

Outro ponto que o autor enfatiza e que nos remete ao período histórico da escravidão são os castigos e os maus tratos sofridos pela menina. Dona Inácia sentia prazer em maltratar Negrinha, qualquer acontecimento era um grande motivo para castigá-la. “o corpo de Negrinha era tatuado de sinais, cicatrizes, vergões. Batiam nele os da casa todos os dias houvesse ou não houvesse motivo” (LOBATO, 2008, p. 20).

Os apelidos era outra maneira de humilharem e praticarem a maldade com a menina, “peste” “barata descascada” “mosca-morta” entre outros tantos, que nos leva a refletir sobre a identidade da garota, que, apesar da pouca idade, se depara com uma situação cruel sem sequer ser chamada pelo nome.

Era grande a crueldade de Dona Inácia para com a menina, fica claro no conto o prazer que ela sentia em praticar tanta maldade. Um dos piores castigos aplicado pela senhora foi o ovo tirado do fogo e colocado na boca de Negrinha, quando a menina chamou a criada de peste, por ter furtado do prato um fragmento de carne.

O conto nos mostra que a personagem em destaque não era vista como um ser humano e sim como objeto. Desde cedo foi lhe tirado o direito de brincar, cresceu sem infância e divertimento. O autor também destaca que Dona Inácia não tinha afeto por criança e por esse motivo Negrinha estava sempre escondida. Percebemos que ela não teve vida social, uma vez que não podia desfrutar do prazer das brincadeiras de criança e nem podia ter muito contato com as pessoas já que o trecho nos mostra que ela vivia escondida. Bergamasco (2010, p.371) diz que “Negrinha pode ser considerada uma subalterna, pois caracteriza-se por estar excluída das atividades sociais, sem direito a falar ou ser ouvida pela patroa”.

Um dos trechos mais importantes do conto é quando o autor menciona a chegada das sobrinhas de Dona Inácia. Lobato faz questão de destacar que as meninas eram louras para enfatizar o tratamento diferenciado dado pela senhora aos da cor branca. A desigualdade racial e o preconceito existente ficam visíveis com a chegada das garotas. Negrinha

havia crescido com a imagem que era proibido brincadeiras pela casa, mas ela percebe que isto muda quando as sobrinhas da senhora chegam a casa e então ela se pergunta se não era mais proibido brincar. Negrinha, de forma iludida, acreditou naquele instante na mudança de Dona Inácia.

O conto nos relata que a menina se aproxima das garotas louras e se deixa envolver pelas brincadeiras, no entanto o sofrimento desta vez foi maior. Dona Inácia não perdeu a oportunidade de humilhá-la e agora na frente das sobrinhas. Negrinha não sofria apenas por não poder desfrutar das brincadeiras, mas também pelo desprezo em relação às crianças brancas. Lobato (2008, p.23) cita que “com lágrimas dolorosas, menos de dor física que de angústia moral – sofrimento novo que se vinha acrescer aos já conhecidos -, a triste criança encorujou-se no cantinho de sempre”.

No entanto o contato com as crianças brancas e com os brinquedos fez Negrinha pela primeira vez desfrutar de uma experiência nova. Ela consegue se enxergar como uma criança de verdade e esse sentimento lhe trouxe ao mesmo tempo felicidade por se descobrir como um ser humano e tristeza com a partida das meninas, pois sabia que não conseguiria voltar a viver da mesma forma já que um novo ser havia sido descoberto na sua alma. Lobato (2008, p.25) diz que Negrinha “sentiu-se elevada à altura de ente humano. Cessara de ser coisa – e doravante ser-lhe-ia impossível viver a vida de coisa. Se não era coisa! Se sentia! Se vibrava! Assim foi – e essa consciência a matou”.

O autor tece também duras críticas a personagem de Dona Inácia. Ele mostra que a senhora jamais havia se adaptado ao novo regime e considerava absurda a possibilidade dos negros serem iguais aos brancos.

Lobato (2008, p. 21) ainda mostra claramente quem era Dona Inácia quando expõe que “o 13 de Maio tirou-lhes das mãos o azorrague, mas não lhe tirou da alma a gana”. Ora, o azorrague era um instrumento de tortura usado pelos senhores de escravos para castigá-los. Nesse ponto citado pelo autor podemos perceber que embora existisse uma lei que abolia a escravidão, os maus tratos aos negros, a alma de Dona Inácia representando a sociedade racista, não mudou, permanecia cheia de ódio e preconceito.

O autor consegue nos transmitir através deste conto o cenário histórico e social de uma época. Mesmo tratando-se de uma obra de ficção literária este conto nos revela marcas de uma sociedade racista, re-

pleta de máscaras e hipocrisia, em que o negro e o branco são considerados seres humanos diferentes.

A personagem principal desta obra não tinha direitos assegurados, sofria constantes maus tratos, não teve uma vida digna, foi exposta a situações cruéis e desumanas por ser de origem negra, foi tratada com desprezo e discriminação pelos de origem branca. Tudo isso nos leva a uma forte reflexão sobre o que realmente ocorreu no nosso país na época da escravidão, pois sabemos que de fato essa dura realidade existiu.

É preciso notar a relevância da temática deste conto para o mundo do Direito. É bem verdade que ele foi escrito por Lobato no ano de 1920, ou seja, ainda não estava em vigor a atual Constituição Federal, no entanto, não retira a importância desta obra, para analisarmos o quanto a Literatura pode fornecer elementos para o Direito, nos auxiliando a compreender melhor os fatos sociais, como também nos ajuda a refletir sobre a efetividade dos direitos individuais e sociais.

Hoje, podemos, de fato, nos questionar se as nossas leis estão na prática cumprindo o seu papel perante o cidadão, assegurando os seus direitos fundamentais, garantindo a dignidade da pessoa humana a todo cidadão, entre outros tantos direitos assegurados na nossa Carta Magna. O cidadão pode, sim, traçar esta reflexão sobre o atual contexto histórico e a eficácia dos direitos fundamentais, e o texto literário, sem dúvida, nos dará respaldo para que isto ocorra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tudo o que fora apresentado ao longo do texto demonstra a notória importância da inserção da Literatura no meio da instituição jurídica, concedendo uma formação mais crítica, reflexiva e, acima de tudo, humana. O conhecimento tratado pela ciência jurídica não é autossuficiente. Essa relação constrói a oportunidade de formação de profissionais capazes de levar o Direito a um novo paradigma, para que seja capaz de considerar os interesses de todos.

Além disso, sabemos da grande importância dos direitos e garantias fundamentais para cada cidadão, no entanto é necessário refletirmos acerca da real efetividade desses direitos na atual conjuntura. Assim como Lobato refletiu através da literatura acerca da realidade social que

estava vivenciando na época, precisamos também usar nossa capacidade crítica para analisarmos a eficácia dos nossos direitos na prática, a fim de não permitir que estes, uma vez outorgados, venham sofrer violações por parte do Estado.

Não é impossível inserirmos o texto literário como subsídio para o Direito. São duas áreas amplas e de vasto conhecimento, e, o mais importante, é que estão intrinsecamente relacionada ao ser humano e a sociedade na qual está inserido. O conto escrito por Lobato foi apenas um dos mais variados exemplos que é possível sim trabalhar o Direito e a Literatura em consonância, mas sabemos que é um amplo campo de trabalho que ainda pode ser bastante explorado pelos estudiosos.

A Literatura nos apresenta conflitos diversos que, por mais que esteja disfarçado através de personagens fictícios, pode nos direcionar a uma realidade de fato. Já o Direito existe para solucionar tais conflitos sociais e é pensando sob esta ótica que consideramos de fundamental importância a correlação destes dois mundos distintos, porém próximos ao mesmo tempo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro gráfico, 1988.

DOMINGOS, Sérgio. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2002. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/arquivos/19_09.pdf>. Acesso em: 07 de Julho de 2018.

HIPÓLITO, Paulo. **História e literatura**: subsídios do conto Negrinha para o historiador. História e - História, 2010.

LOBATO, Monteiro. **Negrinha**. São Paulo: Globo, 2008. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books>>. Acesso em: 05 de Julho de 2018.

MATOS, Raiane Acirole. **Os Direitos fundamentais nas Constituições brasileiras com ênfase na Constituição Federal de 1988**. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57926/os-direitos-fundamentais-nas-constituicoes-brasileiras-com-enfase-na-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 04 de Outubro de 2018.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

PASSIANI, Enio. **Na trilha do Jeca**: Monteiro Lobato, o público leitor e a formação do campo literário no Brasil. Sociologias (UFRGS), 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n7/a11n7.pdf>>. Acesso em: 07 de Julho de 2018.

PESTANA, Barbara Mota. **Direitos fundamentais**: origem, dimensões e características. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direitos-fundamentais-origem-dimensoes-e-caracteristicas,589755.html>>. Acesso em : 03 de Outubro de 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

8

PRODUÇÃO LEGISLATIVA EXACERBADA COMO UM DOS ELEMENTOS PARA O ATIVISMO JUDICIAL E UMA DIFICULDADE PARA O DIREITO

.....
Victor Rodrigues Bezerra Pontes¹

Resumo:

O trabalho apresentado busca demonstrar como a técnica legislativa brasileira e sua produção exacerbada provocam o ativismo judicial e a ineficiência do Poder Judiciário em todo o ordenamento jurídico. Para embasamento de tal tese, será utilizado como referência bibliográfica os escritos dos juristas Lênio Streck, Georges Abboud e Luís Roberto Barroso, aliado à literatura também será analisada casos a jurisprudência pátria.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Decisionismo. Pan-principalismo. Pluralismo Jurídico. Juristocracia.

Abstract:

The present work seeks to demonstrate how the Brazilian legislative technique and its exacerbated production provoke judicial activism

.....
¹ Graduando em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).
Contato: victorrdpt@gmail.com.

and inefficiency of the Judiciary in all juridical order. In support of this thesis will be used as bibliographical reference the writings of the lawyers Lênio Streck, Georges Abboud and Luís Roberto Barroso, along with literature will also be analyzed cases the jurisprudence homeland.

Keywords: Judicial activism. Decisionismo. Pan-principialism. Legal Pluralism. Jurisocracy

INTRODUÇÃO

O Estado Moderno surge do rompimento com a tradição monárquica hereditária, em que a figura do rei era suprema, na qual a intervenção estatal na vida dos indivíduos era intensa e os impostos eram abusivos, em suma: rompe com o Antigo Regime. Apesar das mudanças, a força exercida era do Estado em direção à sociedade, o poder advinha do Estado e a população se subordinava. Essa visão se perpetua até hoje, principalmente ao tratar o Direito e leis ainda como sinônimos.

No entanto, o Estado tem seu corpo composto por pessoas que, por diversas vezes, agem sob interesses próprios e acabam elaborando leis tendenciosas. Nesse caso, a regulamentação estaria contaminada pela conveniência do legislador e pelo devido conflito de interesses, um exemplo são as alterações de governos nas quais as normas são modificadas conforme interesses e posicionamento de determinada classe no poder. Dessa forma, classificar o ordenamento puramente como Direito se torna uma tarefa difícil.

Ademais, o sistema jurídico adotado no Brasil – *Civil Law* – acaba por legitimar essa visão, e mais além permite a criação de uma enorme quantidade de atos normativos. Ou seja, a legislação abarca várias situações e admite diferentes interpretações. Tal fato requer demasiada atuação do Judiciário, gerando uma grande concentração de poder, prejudicando todo ordenamento jurídico.

Essa grande atuação do Judiciário acaba por proporcionar dois fenômenos dentro do desempenho estatal: a judicialização e o ativismo judicial. Esses fenômenos se erguem em decadência da norma constitucional, impedindo a perfeita harmonia entre os Poderes, logo, prejudicando o sistema de freios e contrapesos do Estado, impedindo que este

funcione de forma plena.

Por isso, é necessário buscar na jurisprudência e no ordenamento jurídico as divergências que ocorrem, para, assim, revelar a problemática que esses fenômenos (o ativismo e a judicialização) acarretam; também é preciso buscar bibliograficamente os principais aspectos de como acontecem, para, então, analisar o papel da Carta Magna brasileira diante do cenário social atual.

DIREITO X LEI (SOB O PRISMA DO PLURALISMO JURÍDICO)

O sistema jurídico adotado pelo Brasil é o *Civil Law*, que tem como fonte primária do Direito a legislação, ou seja, os casos concretos são decididos conforme as normas. Dessa maneira, a expressão comum do ordenamento dentro da sociedade brasileira é dada pelos atos normativos. Tal fato acaba por gerar a ideia – bastante comum – de que a lei é o Direito por si só, legitimando a visão do monismo forense.

Admitir essa concepção de que o Direito só advém do aparato estatal, é negar garantias conquistadas e produzidas por toda sociedade, rejeitando todos os avanços que diversas lutas sociais trouxeram, pois, “a paz é o termo do direito, a luta é o meio de obtê-lo” (IHERING, 2009, p. 22). Os direitos fundamentais são excelentes referências que demonstram a luta social e a capacidade da produção de direitos pela coletividade. Como exemplo é possível citar a Revolução Francesa, sendo um meio de luta para construção de direitos individuais, provando que “a universalidade se manifestou pela vez primeira, com a descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.” (BONAVIDES, 2016, p.576).

Dessa forma, muitas vezes, o monismo jurídico acaba por negar a verdadeira essência do Direito que “se apresenta como positividade da liberdade conscientizada e conquistada nas lutas sociais” (LYRA FILHO, 2005, p.56). Esse monismo deixa de lado aquilo que Roberto Lyra Filho, no seu livro “O que é direito?”, chamou de “O Direito Achado na Rua” no qual as normas são, também, produzidas fora do Estado, reflexo do corpo social após lutas.

Essa vertente pluralista da produção do Direito retira o Estado como detentor do monopólio jurídico, dividindo com a sociedade tal po-

der - isso foi analisado com Michel Foucault (2015), na sua obra “Microfísica do poder”, mostrando que o poder não está concentrado, é tratado em sua microfísica, isto é, na maneira pela qual ele percorre por toda a sociedade - e captura ontologicamente o ordenamento, pois deixa evidente que o corpo social também tem força para criação do mesmo, ou seja, ele também pode ser derivado desse poder social.

Em soma disso, no Brasil, durante a Ditadura Militar era forte, a “crise da voz” – expressão cunhada por Nick Couldry (2010) em sua obra “*Why voice matters?*”, mostrando que nem todos os grupos tem acesso à participação política, econômica e cultural – e por esse motivo, no exemplo brasileiro, com o fim do regime ditatorial, foi dada voz a diversos grupos sociais, esses grupos tiveram seus anseios realizados e a consequência foi a enorme produção de leis de forma instantânea.

Essa enorme produção de regras jurídicas tratou por legitimar a visão na qual Direito e lei são nomes distintos para mesma coisa, pois as normas sempre foram apresentadas como puro ordenamento. Em soma disso, a edição da legislação brasileira entre 1988 e 2017 foi de 769 normas por dia útil (LEÓN, 2017, p. de internet), ou seja, algo em torno de 5,4 milhões de regulamentações. Esse dado demonstra o enorme contingente de preceitos além das mudanças que ocorrem nos mesmos, gerando a insegurança jurídica. Ademais, a enorme quantidade dessas redações, por vezes, devido à sua técnica legislativa, torna para grande parte da população algo exterior, de difícil acesso e compreensão, retirando grande parte da sociedade do processo de criação e interpretação do meio forense.

Ora, o acesso ao “Direito” inicia com a consciência da lei, porém ao tratar da realidade do Brasil, torna-se obstada, pois os preceitos, por vezes, são de difícil compreensão e isso é agravado pelo fato de que grande parte da nação brasileira não tem escolaridade suficiente. Isso é revelado nos seguintes dados: a taxa de analfabetismo entre brasileiros com 15 anos ou mais em 2014 foi estimada em 8,3% (13,2 milhões de pessoas), segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); já a proporção dos que possuíam nível fundamental incompleto foi de 33,5% no mesmo período.

Em outras palavras: o “Direito tem se prospectado como um sistema isolado, e tal sistema consiste justamente em utilizar uma lin-

guagem que ninguém entende, exceto o legislador”. (FARIAS; ROSENVALD 2016, p.55). Assim, como demonstrado supra, compreender a lei é uma dificuldade para a população brasileira, e isso trata por fazer com que se torne “Direito” uma ferramenta alheia à sociedade.

JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA: SORTE E REVÉS AO JUDICIÁRIO

Como fora dito: o sistema jurídico adotado pelo Brasil – Civil Law – propicia a grande produção legal dentro do território. Há um enorme contingente de leis no Brasil que tratam sobre vários assuntos e casos. Essas diversas leis acabam por gerar uma judicialização, conforme se observa nas ponderações do Ministro Luís Roberto Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontra o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. (BARROSO, 2009, p.2)

Dessa maneira, por tratar sobre casos específicos, as leis regem de forma detalhada a vida em sociedade, gerando a “judicialização da vida”, e, assim, nas palavras de Georges Abboud:

É nesse contexto que parcela de nossa liberdade constitucional tem se esvaído por meio da judicialização de todas as esferas de nosso ambiente privado. No contexto brasileiro, assolado pelo ativismo, dificilmente imaginamos algum tema que não possa ser objeto de demanda judicial. Ocorre que o outro lado dessa perspectiva é que passa a não existir nenhuma esfera de nossa liberdade que não possa ser substituída por um pernicioso voluntarismo judicial. (ABBOUD, 2017, p. 221).

Nesse raciocínio, o Poder Judiciário é provocado para atender à demanda de casos, a qual é evidentemente grande, e por isso torna os órgãos lentos e incapazes de corresponder aos anseios sociais. Em soma

disso, à medida que o órgão forense é extremamente utilizado, ele ganha mais força e espaço para arbitrariedades. Desta feita, fica fácil observar os dois lados da mesma moeda: enquanto o magistrado ganha força e poder, há prejuízos na mesma proporção com relação à perfeita operabilidade da organização judiciária.

Contudo, os magistrados não podem decidir conforme sua vontade própria, devem decidir conforme o “Direito”, ou seja, de acordo com o ordenamento jurídico. Tal fato tem supedâneo no Código de Processo Civil, que em seu artigo 11 que afirma: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”, ou seja, toda decisão é precedida de uma fundamentação.

No entanto, a força adquirida pelo órgão forense é tão grande que, por vezes, além de não ter sua fundamentação de acordo com ordenamento jurídico (como será demonstrado), a sua atuação invade o espaço dos outros poderes (Executivo e Legislativo), sob a forma do que é chamado: ativismo judicial.

ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo e a judicialização apesar de parecidos e de, por vezes, andarem acompanhados, não são iguais. Para compreender melhor a distinção entre judicialização (que já foi abordado) e ativismo judicial, é possível analisar o grau de manifestação deste segundo fenômeno. Assim, há duas dimensões de expressão: a estrutural (macro) e a decisória (micro):

Na dimensão decisória (micro) o ativismo consiste na suspensão da legalidade (CF +lei) como o critério decisório por um critério voluntarista que pode ser puramente ideológico, econômico, moral, religioso etc. Ou seja, por meio dele, no Brasil, os pré-compromissos democráticos (Constituição e leis) são suspensos pelo julgador e substituídos por sua subjetividade/discrecionalidade (ABBOUD, 2017, p. 214).

Já na dimensão estrutural o que ocorre é uma Supremacia Judicial, ou até mesmo a juristocracia. “Em linhas gerais, na dimensão ma-

cro, o ativismo se caracteriza por um agigantamento do Judiciário face aos demais poderes, sem respaldo constitucional para tanto” (ABBOUD, 2017, p. 214)

Dessa forma, a Judicialização é um conceito para decisões de questões com repercussão social à frente dos outros Poderes; e o ativismo também possui a interferência nas outras esferas, no entanto, há uma interferência sem forte respaldo constitucional e carecendo de embasamento legal ao proferirem decisões.

Nessa retórica, o ativismo judicial aliado a judicialização pode ir de encontro trata aos preceitos do Estado Democrático de Direito. Em soma disso, o órgão forense cada vez mais invade a esfera privada dos indivíduos, contribuindo, assim, para a criação de uma Juristocracia; esta pode ser definida como:

Uma forma de degradação da democracia constitucional em que a autonomia e a separação de poderes é golpeada por um ativismo judicial que atinge a esfera dos demais Poderes, sem respaldo constitucional. Além da usurpação em relação aos demais poderes, é traço distintivo da juristocracia a crescente invasão do Poder Judiciário em face da esfera de liberdade do cidadão (ABBOUD, 2017, p. 225).

E com essa postura adotada, é perceptível, cotidianamente, que o Judiciário está agindo conforme sua vontade, promovendo discricionariedades, e decisões conforme a consciência do magistrado. Essas decisões, com base na consciência individual, são meros atos de poder.

ATO DE FORÇA

Na Física, a força pode ser definida como a causa que altera o estado de um corpo, colocando-o em movimento ou em repouso. Nesse contexto, fica nítida a submissão do corpo ao impulso. Assim são os atos de influência de magistrados que decidem conforme suas vontades, pois impõem uma decisão – em casos nos quais não há embasamento jurídico - para todo corpo social; e, semelhante na física, em que um corpo a sociedade se torna vassala de decisões nas quais, por vezes, não há respaldo legal.

Os juízes são agentes da Democracia, e, por isso, devem agir sob as amarras dos aparatos democráticos, precisamente a Constituição Federal. No entanto, como será demonstrada, a Carta Magna brasileira está sendo escrita da forma que os magistrados dizem que é. A postura adotada por vários magistrados pode ser demonstrada pela fala do próprio ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio:

Daí ter sempre presente, quando me defronto com conflito de interesses, a necessidade de buscar acima de tudo a almejada justiça. Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio² (AURÉLIO, 2010, p. de internet).

Uma analogia simbólica pode ser utilizada para elucidar essa questão; a fala de uma personagem de Lewis Carroll – *Humpty Dumpty* – em “Alice através do espelho”³ (STRECK, 2017, p. de internet), a personagem afirma: “Quando eu uso uma palavra ela significa exatamente o que quero que signifique: nem mais nem menos” (CARROLL, 2010, p. de internet). E assim a fala da personagem com a do Ministro se convergem, ambas tornam a palavra aquilo que elas querem, no entanto, com relação ao Ministro “o Direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja” (STRECK, 2014, p.166).

Tal atitude é um ato de força, pois, ao decidir antes de buscar respaldo, a resposta será dada conforme a vontade do juiz, e não dos preceitos aos quais é limitado; e, infelizmente, isso é um ato de poder. E contra a conduta de supremacia, não há argumentos; decidir e depois procurar uma fundamentação é uma atitude que não pode ser feita pelo Judiciário, sob pena de não garantir a busca da justiça no seu sentido mais amplo, que é, sobretudo, a busca da verdade, seja ela real ou formal.

.....
2 Discurso proferido na homenagem realizada no dia 17/06/2010, em comemoração a 20 anos de atuação do Ministro Marco Aurélio no Supremo Tribunal Federal. *Vide referências.*

3 Analogia também feita em um artigo produzido pelo jurista Lênio Streck. *Vide referências.*

PAN-PRINCIPIOLOGISMO: UM DESVIO DE CONDUTA

Há uma divergência doutrinária diante do conceito de princípios, no entanto, há grande recorrência dos juízes para decisão de casos. Mas o que se percebe cotidianamente é o uso desenfreado desses pressupostos, usados como solução de embates da sociedade, e a crença de que esses fundamentos seriam solução. Isso vem provocando o uso retórico do arcabouço principiológico, legitimando arbitrariedades e discricionariedades, bastando à invocação desses juízos para ditar qualquer parecer.

O neoconstitucionalismo permitiu a ingressão de princípios no ordenamento jurídico para a solução de casos, no entanto, há, muitas vezes, o desvio de função desses fundamentos, ou seja, “buscando superar o normativismo exegético, abriu, historicamente, o caminho para discricionariedades e decisionismos.” (STRECK, 2014, p.166) Em soma disso, o século XXI exigindo a fundamentação para qualquer parecer – rompendo com a tradição positivista legalista – está sendo corrompida pela utilização dos pressupostos de forma imprudente.

Nesse contexto, surge o neologismo do “Pan-principialismo” para definir a infinidade de princípios que vem sendo trazidos à tona. A quantidade de princípios é enorme, e, pior, são redundantes diante dos casos por serem meramente tautológicos. Lênio Streck traz uma lista desses princípios:

Princípio da precaução; princípio da não surpresa; princípio da adequação; princípio do autogoverno da magistratura; princípio da afetividade; princípio do fato consumado; princípio do deduzível e do dedutível; princípio da ubiquidade; princípio da confiança do juiz na causa; princípio da situação excepcional consolidada (STRECK, 2014, p.172-173).

É possível observar que esses princípios deixam de lado a deontologia do Direito, pois são meramente retóricos, pleonásticos e teleológicos. E a utilização desses princípios em excesso se apresenta com um equívoco, pois:

Trata-se de uma análise equivocada da função dos princípios constitucionais, ou seja, enquanto os princípios gerais do di-

reito se constituíam em uma “autorização” para a discricionariedade, um fator que justificava a “saída” do juiz do sistema codificado para solucionar o caso que lhe era apresentado e que não encontrava resposta no Código (e foi para isso que dispositivos desse jaez foram colocados nos Códigos), os princípios constitucionais apresentam-se, contemporaneamente, como um contraponto a essa discricionariedade (STRECK, 2014, p.166).

E nessa conjuntura é revelada a face do Judiciário que fere os preceitos constitucionais, revelando o ativismo judicial, o qual faz ruir as colunas do Estado Democrático de Direito no Brasil.

A CARTA MAGNA BRASILEIRA COMO UMA FOLHA DE PAPEL

Ferdinand Lassale (1995) - em uma conferência proferida, posteriormente transformada em livro (*A essência da Constituição*) - utiliza a metáfora da folha de papel para a Constituição que não reflete a sociedade. E essa comparação nunca foi tão atual. No entanto, a Carta Magna brasileira está se tornando uma mera folha de papel, não porque não reflete a sociedade, mas sim porque os tribunais a escrevem conforme querem.

Para evidenciar o posicionamento são apresentadas decisões proferidas por esses tribunais. Uma delas: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição” (STF, 2008, p. de internet). Ora, essa súmula vai de encontro ao inciso LV do Artigo 5º da Carta Magna brasileira que afirma: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Essa decisão diverge de um direito fundamental expresso, apresentando uma interpretação não cabível. Ora “sendo a Constituição, portanto, um instrumento ordenador da totalidade da vida do Estado, do seu processo de integração e, também, da própria dinâmica social, exige-se uma interpretação extensiva”(ROCHA, 2008, p. de internet), no entanto, o que aconteceu foi o contrário: reduziu-se o princípio do contraditório e da ampla defesa; ferindo, assim, os preceitos constitucionais.

Ainda na mesma Súmula, há a divergência também com relação ao artigo 133 da Carta Magna brasileira que versa: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Se o advogado é indispensável não pode ser descartável diante de um processo. Em soma disso, o Superior Tribunal de Justiça decidiu em um Mandado de Segurança que admitia a necessidade de um advogado durante processo administrativo

[...] A constituição de advogado ou de defensor dativo é, também no âmbito do processo disciplinar, elementar à essência da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...] (STJ, 2016)

Tal *decisium* perdeu a força após a Súmula do STF.

Além dessa Súmula, é possível apresentar a permissão para prisão de condenados em segunda instância, na qual o Supremo Tribunal Federal proferiu a decisão em um julgamento para concessão de *habeas corpus*, e após isso ratificou diante do reconhecimento da repercussão geral de um Recurso Extraordinário com Agravo afirmando:

Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (STF, 2016).

Novamente, é vista uma decisão indo de encontro a Carta Magna brasileira. Pois, ao proferir essa decisão, o Supremo inverteu o próprio sentido do princípio da presunção da inocência, pois permitir a prisão antes do trânsito em julgado é admitir a culpabilidade do réu. Ainda por cima, o artigo 283 do Código de Processo Penal reafirma ilegalidade de tal decisão, pois aduz que:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária com-

petente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Dessa forma, são observados alguns atos de força exercidos por tribunais, tornando assim a sociedade mera expectadora da construção de uma Carta Magna brasileira à maneira dos magistrados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim como o automóvel utiliza o combustível para seu movimento, o Judiciário utiliza do sistema *Civil Law* para o aumento da sua força. É nítido como, no Brasil, ocorre uma produção legal exacerbada que penetra por todas as vias do ambiente privado dos indivíduos, e como consequência o Poder Judiciário abarca as situações.

E quanto mais o Judiciário cresce e se agiganta diante dos outros Poderes da República, provoca cada vez mais o ativismo judicial, e pior, permitindo que através das suas decisões e discricionariedades possam construir uma Constituição como se deseja, sem seguir os preceitos Democráticos. Tais decisões – aliadas à produção de leis desenfreadas - favorecem a percepção de um Direito turvo, e talvez fugindo ou negando sua própria essência quando se trata da sociedade.

A República Federativa do Brasil, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, deve preservar sua Constituição jurídica a qualquer custo, pois – na era do neoconstitucionalismo – os direitos fundamentais e a divisão dos Poderes são elementos fundamentais para a construção da Democracia. Dessa forma, os tribunais têm papel fundamental como hermenutas, haja vista que a interpretação deve sempre estar com base no texto constitucional, pois é a Constituição que limita o abuso do poder e traz consigo garantias necessárias para um ambiente democrático. Ao preservar a Constituição Democrática será possível ela ter força de Direito, e poder ter papel também ativo na sociedade.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Juristocracia delegativa: os riscos da degeneração democrática trazidos pelo ativismo judicial. In: ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; NERY JÚNIOR, Nelson. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: em homenagem a Lênio Streck. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017. p. 211-227.

AURÉLIO, Marco. **Marco Aurélio vê sua homenagem como “estímulo”**. Consultor Jurídico, São Paulo, 6 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>>. Acesso em: 23 jul. 2017

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Direito do Estado, Salvador, ano 5, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf > Acesso em: 23 jun. 2017.

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

_____. **Súmula n. 05**. STF. Publicada no DJE: 16 de mai. de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199> >. Acesso em: 23 jun. 2017.

BRASIL. **ARE 964246**. STF. Pleno. Rel. Min. Teori Zavascki. DJE-251. publ. 25-11-2016.

_____. **Código de processo civil e normas correlatas**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. 7^a. ed.

_____. **Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23/08/2017.

_____. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2012. 41^a. ed.

_____. **Mandado de Segurança nº 10.837/DF.** STJ Pleno. Min. Paulo Gallotti. j. 24/05/2006. DJ. 28/06/2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9051908/mandado-de-seguranca-ms-10837-df-2005-0120158-6/inteiro-teor-14227722>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

CARROLL, Lewis. **Aventuras de Alice no País das Maravilhas & Através do Espelho e o que Alice encontrou por lá.** Rio de Janeiro: Zahar, 2010, 1^a ed. Disponível em: <<https://caminhopoetico.files.wordpress.com/2014/08/lewis-carroll-alice-no-pac3ads-das-maravilhas-atravc3a9s-do-espelho-e-o-que-encontrou-por-lc3a1.pdf>> Acesso em: 20/07/2017.

COULDRY, Nick. **Why Voice Matters: Culture and Politics After Neoliberalism.** London: Sage Publications, 2010.

FILHO, Roberto Lyra. **O que é Direito.** São Paulo: Brasiliense. 2005 11^a ed.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, 3^a ed.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito.** São Paulo: Martin Claret. 2009.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** Trad. Walter Stöner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995, 3^a ed.

LEÓN, De. **Brasil edita cerca de 800 normas por dia, somando 5,4 milhões desde a Constituição de 1988.** Instituto brasileiro de planejamento e tributação, São Paulo, 4 jul. 2017. Disponível em: <<https://ibpt.com.br/noticia/2603/Brasil-edita-cerca-de-800-normas-por-dia-somando-5-4-milhoes-desde-a-Constituicao-de-1988>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

ROCHA, Solange Holanda. **Aspectos relevantes da hermenêutica constitucional**. Revista da AGU, Brasília, Ano 0037, nº 18, Out./Dez. 2008. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FK-CEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 23 out. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Moro dá às palavras o sentido que quer! O Direito através do espelho**. Consultor Jurídico, São Paulo, 30 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-30/senso-incomum-moro-palavras-sentido-direito-atraves-espelho>>. Acesso em: 27 jun. 2017

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, 11^a ed.

9

TRANSPORTE COMO DIREITO SOCIAL: DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA AO TRANSCONSTITUCIONALISMO

.....

Lauro Gurgel de Brito¹
Jailson Alves Nogueira²

Resumo:

No ano de 2015 a Constituição de 1988 foi alterada, através da Emenda Constitucional nº 90, para incorporar o direito ao transporte no catálogo dos direitos sociais. O objetivo deste artigo é analisar se há elementos de constitucionalização simbólica e de transconstitucionalismo nessa alteração. A estratégia metodológica consiste em promover um diálogo com Marcelo Neves e confrontar essa disposição normativa com essas duas teorias desenvolvidas por ele. Os resultados encontrados revelam a presença de ambas. De sorte que a mudança não deve ser de todo desprezada a pretexto de possuir uma nódoa de simbolismo, pois integra o marco regulatório da mobilidade urbana no Brasil, que, por sua vez, resulta de entrelaçamento, racionalidade e aprendizagem recíproca entre a ordem normativa internacional e o ordenamento jurídico nacional. Portanto, o transconstitucionalismo transcende o efeito simbólico da mencionada emenda constitucional, realçando-lhe a devida autenticidade.

.....

1 Professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Doutor em Direito pela Universidade de Brasília.

2 Graduado em Direito e mestrando em Ciências Sociais e Humanas pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Email: jailsonalvesuern@hotmail.com.

Palavras-chave: Transporte. Direito social. Constitucionalização simbólica. Transconstitucionalismo.

Abstract:

In the year 2015, the 1988 Constitution was amended, through Constitutional Amendment no. 90, to incorporate the right to transport in the catalog of social rights. The objective of this article is to analyze if there are elements of symbolic constitutionalisation and of transconstitucionalism in this change. The methodological strategy consists in promoting a dialogue with Marcelo Neves and confronting this normative disposition with these two theories developed by him. The results show the presence of both. So that change must not be at all despised on the pretext of possessing a defect of symbolism, , since it integrates the regulatory framework of urban mobility in Brazil, which in turn results from intertwining, rationality and reciprocal learning between the international normative order and the national legal order. Therefore, transconstitucionalism transcends the symbolic effect of the aforementioned constitutional amendment, enhancing its authenticity.

Keywords: Transportation. Social right. Symbolic constitutionalisation. Transconstitucionalismo.

INTRODUÇÃO

Em 2015, através da Emenda Constitucional nº 90, o transporte foi alçado à categoria de direito fundamental social, passando a integrar o rol constante do art. 6º da Constituição de 1988. Com essa medida, foram geradas muitas expectativas em relação à solução dos maiores problemas de mobilidade urbana nas médias e grandes cidades brasileiras.

Ancorado em duas importantes teorias do constitucionalismo atual, este artigo tem o objetivo de analisar se, nessa decisão do poder constituinte derivado, há elementos de constitucionalização simbólica e de transconstitucionalismo, promovendo um diálogo com Marcelo Neves, arquiteto dessas teorias.

Parte-se da hipótese segundo a qual, constatada a presença do mero efeito simbólico, a segunda teoria contribuiria para superar possí-

veis déficits de afetividade e fortalecer narrativas em torno de políticas públicas nessa área. Noutros termos, a presença do transconstitucionalismo suplantaria o efeito simbólico negativo da Emenda Constitucional nº 90 e lhe conferiria a devida autenticidade.

Pela teoria da constitucionalização simbólica se explica de que modo determinados dispositivos da Constituição possuem um mero efeito simbólico, traduzido numa lacuna existente entre o texto e a realidade constitucional, em termos de concretização jurídico-normativa.

Já a proposta teórica do transconstitucionalismo trabalha com os diálogos possíveis entre esferas jurídicas autônomas ou que tenham essa pretensão. Ela redimensiona as questões constitucionais, de forma a ultrapassá-las em relação às fronteiras nacionais e às próprias ordens estatais, haja vista a insuficiência da Constituição “doméstica” para tratar de assuntos como direitos humanos, controle e limitação do poder na sociedade mundial dos dias atuais.

E para referendar essas bases teóricas, são usados dados empíricos relativos ao perfil dos deslocamentos urbanos no Brasil e às externalidades negativas que decorrem, por exemplo, da opção pelo transporte motorizado particular. Também são utilizadas informações acerca de programas, ações e projetos na área de transporte e mobilidade urbana que são direcionados à melhoria das condições de deslocamento nas cidades.

Com suporte em referenciais bibliográficos de Marcelo Neves e em documentos, a abordagem se organiza em partes que se inter-relacionam. Primeiro, analisa-se o contexto da Emenda Constitucional nº 90, trazendo conceitos e terminologias sobre reforma, emenda e revisão da Constituição e inserindo-a no quadro da mobilidade urbana no Brasil.

Em seguida, reflete-se sobre o efeito simbólico da inserção do direito ao transporte como direito social e, por fim, esse mesmo direito é analisado à luz do transconstitucionalismo, na forma de colaboração e aprendizagem recíprocas entre ordens jurídicas autônomas, transcendendo o simbolismo da aludida emenda.

O CONTEXTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 90/2015

Precedendo à análise do teor simbólico dessa emenda e da sua relação com o transconstitucionalismo, são necessários aqui alguns esclarecimentos quanto a pressupostos conceituais e a fatos empíricos que a circunscrevem. No plano teórico, parte-se do debate entre “imutabilidade” e “mudança” constitucional, conciliando-se a pretensão de durabilidade do programa normativo (prazo indeterminado de vigência) e a necessidade de adaptação às circunstâncias de aplicação. Ainda nesse aspecto, são retomados alguns conceitos terminológicos sobre reforma constitucional. Em suma, indaga-se o que justifica a modificação da Constituição e como juridicamente se materializa essa decisão.

No campo da empiria, investiga-se o que teria motivado especificamente essa decisão política de alterar formalmente o texto da Constituição, avaliando-lhe inclusive os efeitos da reforma implementada, quando se perquire acerca das expectativas normativas que se formam em torno dela.

Em seguida, apresenta-se um diagnóstico do cenário da mobilidade urbana na qual se insere o “novo” direito social ao transporte, tomando por base a normativa interna (política nacional de mobilidade urbana) e dados empíricos, já constatados por órgãos especializados. A intenção, nesse caso, é propor uma reflexão sobre a real capacidade da reforma constitucional de modificar a realidade social a que se direciona.

REFORMA CONSTITUCIONAL: CONCEITOS, JUSTIFICATIVAS E EXPECTATIVAS NORMATIVAS

Embora as Constituições tenham pretensão de durabilidade (vigência por prazo indeterminado), dificilmente elas deixam de sofrer alterações que as adaptem às circunstâncias e aos novos tempos: “[...] modificações das constituições é um fenômeno inelutável da vida jurídica” (MIRANDA, 2005, p. 389). Ou então se diz: “[...] a imutabilidade constitucional, tese absurda, colide com a vida, que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade” (BONAVIDES, 2003, p. 196), pois diante de uma Constituição imutável a solução das crises é entregue à “revolução” e ao “golpe de Estado” (BONAVIDES, 2003, p. 197).

Admitida a “mutabilidade” constitucional, outro pressuposto teórico importante diz respeito à terminologia dessa mudança: reforma, emenda ou revisão constitucional? A doutrina aponta que a reforma constitucional é o processo “formal” de mudança das constituições rígidas, sendo gênero do qual a emenda e a revisão constitucionais são espécies².

Emenda é a “modificação de certos pontos” da Constituição, tendo previsão no art. 59, I, da Constituição de 1988. É a via permanente de reforma, o caminho normal, mediante complexo processo legislativo estampado no art. 60, *caput*, incisos e parágrafos: reserva de iniciativa, aprovação mediante *quórum* especial de três quintos, dupla votação em plenário tanto da Câmara dos Deputados quanto do Senado, limitações de ordem circunstancial e de conteúdo (cláusulas pétreas).

Com sentido bem diferente, a revisão corresponde ao procedimento mais amplo de alteração do texto constitucional, prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e já consumada em 1993. Foi uma via transitória e extraordinária de reforma constitucional. No tempo atual, portanto, a emenda é o único sistema possível para efetivar mudança formal na Constituição de 1988 (SILVA, 2008; BONAVIDES, 2003).

E, assim, surgiu o projeto que culminou na Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015, alterando o art. 6º, da Constituição de 1988, para inserir o transporte como direito social³ (BRASIL. EC nº 90, 2015).

Na fase de iniciativa legislativa foram apresentadas várias justificativas para essa Emenda. Em primeiro lugar, arguiu-se que o art. 6º enumerava aspectos relevantes da vida em sociedade, segundo a compreensão de que educação, saúde e trabalho, dentre outros, seriam elementos centrais de uma coletividade justa, desenvolvida, capaz de promover o bem comum, conforme os objetivos da república brasileira. De tal forma, ficou implícito que o transporte também passaria a contribuir nesse sentido.

.....
2 Além desse processo “formal” que modifica o texto, existe a atualização “informal” da Constituição, que se denomina de mutação constitucional, consistente na alteração de sentido dos enunciados, conservando intacta a estrutura escrita (muda a interpretação, permanece o mesmo o texto normativo). Cf. Mendes, Coelho e Branco (2010), Bonavides (2003) e Silva (2008).

3 De acordo com o art. 6º, da Constituição de 1988, 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.

Em segundo lugar, alegou-se que o transporte representa um vetor de desenvolvimento urbano, tanto no aspecto da produtividade quanto da qualidade de vida da população, permitindo a mobilidade das pessoas, a oferta e o acesso aos bens e serviços. E, em terceiro lugar, destacou-se a relevância social do transporte coletivo, sobremaneira para as pessoas que não dispõem de meio próprios de locomoção. Em suma, apontou-se que “a evidente importância do transporte para o dinamismo da sociedade qualifica sua oposição na relação dos direitos sociais expressos no art. 6º da Constituição” (BRASIL. PEC nº 90, 2011).

A principal expectativa da inserção constitucional do transporte como direito social consiste no desencadeamento de políticas públicas de mobilidade urbana que possam superar os graves problemas de locomoção nas médias e grandes cidades brasileiras⁴.

Lembrando que os direitos sociais se caracterizam, em parte, por serem prerrogativas demandadas ao Estado, cobrando-lhe ações ou prestação positivas para satisfação de necessidades do indivíduo, que “[...] se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia obter de particulares” (ALEXY, 2008, p. 499).

Mas não seria o transporte um direito social implicitamente garantido desde a promulgação da Constituição de 1988? É até possível se afirmar que sim. Antes mesmo dessa reforma de 2015, já havia preceitos constitucionais originários induzindo o intérprete/concretizador a enxergar o transporte entre os direitos sociais, parecendo até dispensável essa emenda.

Sarlet (2006) defende que o direito social à moradia, do mesmo modo inserido no art. 6º mediante reforma constitucional (no caso, a Emenda nº 26, de 2000), por guardar conexão direta com as necessidades vitais da pessoa humana, já era consagrado como direito fundamental implícito, semelhante ao que reconheceu o Conselho Constitucional da França: “[...] o reconhecimento de que a possibilidade de dispor de um alojamento docente constitui um objetivo de valor constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana [...]” (SARLET, 2006, p. 347).

.....
 4 Para uma compreensão das políticas públicas como um ciclo político de cinco estágios (montagem da agenda, formulação da política, tomada de decisão, implementação e avaliação da política), cf. HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony (2013).

Nessa perspectiva, parece razoável pensar que a Emenda Constitucional nº 90/2015 apenas acrescentou um elemento “novo” ao amplo marco normativo do transporte e da mobilidade urbana. Por que, além dela, vários preceitos constitucionais originários norteiam a política nacional nessa seara.

Tem-se, por exemplo, o art. 22, XX, que afirma competir à União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive transportes. Do art. 30, V, que atribui aos municípios competência para organizar e prestar, diretamente ou mediante o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, entre eles, o de transporte coletivo. Também do art. 182, que estabelece o norte da política de desenvolvimento urbano: ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. De modo que, antes da reforma, já havia um subsistema constitucional norteador das políticas de transporte público urbano.

Portanto, pouco importa se o transporte é positivado desde o texto originário ou somente agora conforme resta explicitado no art. 6º, com o advento da Emenda Constitucional nº 90/2015. Também é menos relevante saber se ele se caracteriza ou não como acréscimo desnecessário aos institutos já existentes. O mais importante no momento atual é reconhecer que o transporte se constitui em direito social e avaliá-lo segundo o prisma da concretização.

Como afirmam Dimoulis e Martins (2012, p. 51), os direitos sociais (de *status positivus* ou a prestações) visam à “[...] melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social”.

Essa é a maior expectativa decorrente da positivação constitucional do direito ao transporte. Mas, em qual cenário se aplicarão as medidas de efetivação desse direito? Como ele pode impactar na vida dos cidadãos? Esses aspectos serão abordados a seguir.

O TRANSPORTE NO QUADRO DA MOBILIDADE URBANA BRASILEIRA

De acordo com a Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana (BRASIL,

2012), considera-se transporte urbano o conjunto dos modos e serviços de transporte público e privado utilizados para o deslocamento de pessoas e cargas nas cidades.

Com base nessa lei, os modais de transporte no meio urbano são classificados segundo critérios variados. De forma que, quanto ao modo, eles podem ser: a) motorizados, quando se utilizam de veículos automotores; ou b) não motorizados, quando se utilizam do esforço humano ou da tração animal.

Quanto ao objeto, eles podem ser: a) de passageiros; ou b) de cargas. Quanto à natureza do serviço, eles podem ser: a) público; ou b) privado. O transporte público pode ser: a) coletivo, quando se transportam os passageiros mediante pagamento individualizado, com itinerários e preços fixados pelo poder público; ou b) individual, que é remunerado, aberto ao público, realizado por intermédio de veículos de aluguel, em viagens individualizadas.

Tendo por base essa classificação, enfatiza-se aqui a questão do transporte motorizado, de passageiros, de natureza pública e do tipo coletivo. Destarte, considerando apenas o espaço urbano, os deslocamentos das pessoas geralmente podem ser realizados a pé (caminhada, patins, *skate*), mediante tração animal (montaria, carroça, charrete), sobre duas rodas (bicicleta, motocicleta), em automóvel particular (com uso individual ou compartilhado), em ônibus (pelo sistema comum ou pelo *Bus Rapid Transit* – BRT), em transporte sobre trilhos (trem e metrô, inclusive no sistema de Veículo Leve sobre Trilhos – VLT) e, em menor proporção, por helicópteros⁵.

Mas, em quais condições se realizam esses deslocamentos? De acordo com estudos da Secretaria Nacional de Transporte e da Mobilidade Urbana (SeMob), vinculada ao Ministério das Cidades, uma peculiaridade nas maiores cidades brasileiras tem sido a crescente participação das viagens motorizadas, tanto por transporte individual como por transporte coletivo, na mesma proporção em que se reduzem as viagens a pé e de bicicleta (BRASIL. MC, 2015b).

Esse fenômeno pode ser explicado, em parte, pelo modelo de or-

.....
5 Para uma descrição do transporte em helicópteros, suas vantagens e sistema de operação, cf. Gomes, Fonseca e Queiroz (2013.).

ganização e expansão urbana adotado no Brasil, em que as pessoas, em geral por razões econômicas, são “forçadas” a residirem nas áreas onde a terra e a moradia são mais baratas, embora sejam distantes dos respectivos locais de trabalho e dos equipamentos (hospitais e clínicas médicas, escolas e universidades, espaços de cultura e lazer), de forma que têm de se deslocar diariamente por longos, exaustivos e onerosos percursos, geralmente congestionados por veículos automotores geradores de poluição.

Às vezes se opta pelo transporte motorizado em função das grandes distâncias a serem percorridas, da indisponibilidade de ciclovias, da precariedade das calçadas, de fatores climáticos, como as elevadas temperaturas em alguns horários, aliados a valores culturais (*glamour* do automóvel individual, por exemplo).

Com efeito, o modal predominante nas cidades com mais de um milhão de habitantes é o transporte coletivo, com 39,4%, seguido pelo individual, com 33,4% (BRASIL. MC, 2015b). Essa realidade se reflete na maior presença de frota de veículos particulares e de transporte coletivo, o que faz crescerem os problemas urbanos associados à circulação, notadamente os custos econômicos das suas principais externalidades, em especial a poluição e os acidentes, gerando um desperdício de mais de R\$ 10 bilhões por ano ao país (BRASIL, 2015b), além dos danos emocionais causados pelo estresse de um trânsito lento⁶ e pela falta de espaço para estacionamento⁷.

Esse perfil se contradiz, em parte, ao disposto na legislação pertinente, uma vez que uma das diretrizes da política nacional de mobilidade urbana consiste em priorizar os modos de transportes não motorizados sobre os motorizados e dos serviços de transporte público coletivo sobre o transporte individual motorizado⁸.

Em face dessa situação e ao aumento da frota de veículos automoto-

6 Há um dado relativo à cidade de São Paulo: em 2012, foi constatado que a velocidade média dos automóveis em alguns horários correspondia a 7,6km/h, igual à caminhada a pé (MARICATO, 2013).

7 Para reduzir esse problema, as cidades brasileiras poderiam seguir a experiência realizada em New York (Estados Unidos). Lá, em face pouca disponibilidade de espaço vazio em determinadas áreas, foram instaladas “[...] plataformas hidráulicas para fazer estacionamento em andares, ampliando as vagas sem ampliar a área construída” (DUARTE, SÁNCHEZ e LIBARDI, 2012, p. 50).

8 Lei nº 13.587/2012, art. 6º, II.

tores e da realidade caótica do trânsito por ele produzido, diversas estratégias podem ser adotadas para minimizar essas externalidades negativas. Uma delas seria instituir política de incentivo ao uso de combustíveis alternativos (menos poluentes), a exemplo do etanol (biocombustível líquido derivado de biomassa renovável) e do gás natural. Outra seria estimular o uso compartilhado do automóvel (sistema de carona). Às vezes, tem-se preferido a restrição à utilização do carro particular, como o sistema de rodízio, adotado em São Paulo, fixando quais os veículos autorizados a circularem em determinados locais e horários, de acordo com as placas⁹.

Outra hipótese consiste em cobrar pelo estacionamento em determinadas áreas, incentivando o uso de outros modais de transporte. Em Fortaleza existe o Sistema de Estacionamento Rotativo denominado Zona Azul (FORTALEZA. Lei nº 10.408, 2015). Esse instrumento tem inclusive previsão no art. 24, X, do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL. Lei nº 9.503, 1997)¹⁰.

Portanto, esses são dados relevantes e até decisivos no momento em que se propõe conceber o transporte como um direito social. *A priori*, trata-se de uma iniciativa oportuna, adequada e louvável. Todavia, impõe-se uma análise crítica sobre a diferença entre “intenção” e “realidade”, num contexto de constitucionalização simbólica. Afinal, a Emenda Constitucional nº 90, ao introduzir o transporte como direito social, tinha apenas um efeito simbólico, tentando demonstrar ao povo que o Estado brasileiro está atento à problemática da mobilidade urbana? Ou seria ela, por si só, capaz de (e necessária para) desencadear as políticas públicas imprescindíveis à melhoria do panorama da mobilidade urbana no país?

.....
 9 O sistema de rodízio é criticado, pois acaba estimulando as pessoas a comprarem um veículo adicional, “[...] aumentando ainda mais os níveis de poluição” (DUARTE, SÁNCHEZ e LIBARDI, 2016, p. 52).

10 Em Londres, desde 2003, existe o programa de pedágio urbano, mediante o qual se cobra uma quantia diária pelo estacionamento numa área delimitada (DUARTE, SÁNCHEZ e LIBARDI, 2016, p. 52).

DIREITO AO TRANSPORTE: DO SIMBOLISMO AO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Antes mesmo da alteração constitucional acima aludida, já existia legislação sobre transporte e mobilidade. A Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada de Estatuto da Cidade, regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição de 1988, estabelecendo as diretrizes gerais da política urbana (BRASIL, 2001). Entre essas diretrizes, consta a inclusão do transporte no conceito de cidades sustentáveis (art. 2º, I), no sentido de que ele deve ser adequado aos interesses e necessidades da população e às características locais (art. 2º, V).

Outro documento importante é a Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, instituidora da Política Nacional de Mobilidade Urbana, que tem a pretensão de contribuir para o acesso universal à cidade, com princípios, objetivos e diretrizes da política de desenvolvimento urbano, por meio do planejamento e da gestão democrática (BRASIL, 2012).

Por outro lado, considerado o quadro da mobilidade urbana descrito acima, parece relevante avaliar o hiato existente entre a “intenção” do preceito normativo (espírito da lei) e a sua “realidade” em termos de concretização. Dessa forma, justifica-se analisar se a decisão de positivar o direito ao transporte em nível constitucional tinha realmente pretensão de conceder mais força normativa ao tratamento legal ordinário ou simplesmente de sinalizar ao povo que o Estado estava atendo à problemática do transporte urbano. Enfim, é oportuno apreciar se a decisão de emendar a Constituição para introduzir o direito social ao transporte e o texto resultante dessa opção têm matizes simbólicas.

Constatado o efeito simbólico, mostra-se igualmente relevante avaliar como superá-lo, a fim de evitar a “deterioração” jurídica da reforma constitucional de 1988. Nesse caso, é conveniente aproximar o marco normativo brasileiro aos parâmetros estabelecidos pela Organização das Nações Unidas (ONU), a fim de identificar se há conversação (diálogo) entre eles, bem assim entre as instâncias nacionais incumbidas da matéria e o Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (ONU-HABITAT).

A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 90/2015: SIMBOLISMO DA DECISÃO

Quando o texto de uma Constituição não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma ampla “[...] por uma ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição”, manifesta-se a constitucionalização simbólica¹¹ (NEVES, 1994, p. 83-84). Com esse fenômeno, “[...] ocorre o bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios/programas jurídico-constitucionais pela injunção de outros códigos sistêmicos [...]”, explica Neves (1994, p. 85).

No caso, o código lícito/ilícito (do direito) seria preterido em relação a outros códigos, como ter/não ter (da economia) ou poder/não poder (do orçamento público) e a “[...] práxis dos órgãos estatais é orientada não apenas no sentido de ‘socavar’ a Constituição (evasão ou desvio de finalidade), mas também no sentido de violá-la contínua e casuisticamente” (NEVES, 1994, p. 86).

Em consequência disso, ocorre o hiato entre a intenção e a realidade, pois “[...] ao texto constitucional includente contrapõe-se uma realidade constitucional excludente [...]” ou mesmo “[...] à atividade constituinte e à emissão do texto constitucional não se segue uma normatividade jurídica generalizada, uma abrangente concretização¹² [...]” (NEVES, 1994, p. 86-87).

Embora se parta dessa teoria da constitucionalização simbólica, a análise aqui se limita a avaliar o caráter simbólico da Emenda Constitucional nº 90/2015 (a decisão política e o texto normativo) e não acerca da Constituição de 1988 no seu todo¹³. Esse corte epistemológico não só é viável como tem base na própria teoria de Neves, para quem “[é] sempre

11 Há uma distinção entre legislação simbólica e constitucionalização simbólica. Aquela “[...] se restringe a relações jurídicas de domínios específicos, não sendo envolvido o sistema jurídico como um todo; já na constitucionalização simbólica o sistema jurídico “[...] é atingido no seu núcleo, comprometendo-se toda a estrutura operacional” (NEVES, 1994, p. 90).

12 Diz-se que “[...] muitas normas legais pretendem completar, complementar, densificar, concretizar, o conteúdo fragmentário, vago, aberto, abstrato ou incompleto, dos preceitos constitucionais garantidores dos direitos fundamentais” (CANOTILHO, 2003, p. 1.263-1.264).

13 Sobre a constitucionalização simbólica na experiência brasileira, cf. Neves (1994, p. 153-162).

possível a existência de disposições constitucionais com efeito simplesmente simbólico, sem que daí decorra o comprometimento do sistema constitucional em suas linhas mestras” (NEVES, 1994, p. 91).

Noutras palavras, a questão envolve saber se existem indícios de constitucionalização simbólica na decisão de alterar a Constituição de 1988 para lhe “inserir” o direito ao transporte no art. 6º, categorizando-o como direito fundamental social. Na linha do que propugna Neves acerca do tema, parecem bastante evidentes esses indícios. Senão vejamos.

De fato, a Emenda Constitucional nº 90/2015 simplesmente dispôs que, dali em diante, o transporte passaria a ser um direito social, sem estabelecer mecanismos que lhe garantissem a merecida eficácia e a desejada efetividade¹⁴. Poder-se-ia alegar que esse é um papel do legislador infraconstitucional. E, de fato, os direitos sociais devem ser concretizados (realizados) pela via das políticas públicas, que em geral são veiculadas por lei. Mas, para que se viabilizassem as políticas de transporte público, por exemplo, precisaria emendar a Constituição, consoante se fez? Por outro lado, emendá-la é o bastante para garantir esse direito? As duas respostas são negativas.

Sem outros instrumentos normativos, a exemplo da vinculação de receitas e/ou da criação de fundos específicos para custear os programas de mobilidade urbana, é pouco provável que haja mudança estrutural no setor pelo simples fato de se ter inserido na Constituição, de modo expresso, o direito social ao transporte.

A questão mais relevante é identificar de que modo se vai garanti-lo, em especial àqueles que mais se utilizam dele diariamente. Afinal, preceito da Constituição que não implique em mudança estrutural se constitui num grande contrassenso, senão numa inutilidade.

No caso, o simbolismo se manifesta na decisão política de alterar a Constituição e no texto resultante dessa alteração, ambos insuficientes,

14 Para Neves (1994, p. 42-47), a “eficácia” tem dois sentidos. O técnico-jurídico, referindo-se à possibilidade jurídica de aplicação da norma (aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade). Nesse sentido, são eficazes as normas que preenchem as condições intra-sistêmicas para produzir os seus efeitos jurídicos específicos. O outro é o sentido sociológico (empírico, real), quando a eficácia diz respeito à conformidade das condutas à norma. Nesse aspecto, são eficazes as normas realmente observadas, aplicadas, executadas ou usadas. Já a “efetividade” se refere ao cumprimento dos fins que decorrem do texto normativo. Será efetivo o preceito normativo que attingir o fim que o motivou a criação. Cf. ainda Silva (2002).

por si sós, à concretização do direito social ao transporte, na medida em que desprovidos de instrumentos normativos realmente impulsionadores dos programas sociais na área, embora o constituinte reformador dispusesse da prerrogativa para isso.

Durante a tramitação do projeto de emenda, até houve proposta no sentido de se vincular parcialmente as receitas arrecadadas com a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a comercialização de combustíveis (CIDE Combustíveis) para subsidiar o transporte público¹⁵. Mas essa proposta foi rechaçada pelo Relator, ao argumento de que ela impediria o consenso no âmbito do Congresso Nacional, o que inviabilizaria a aprovação do projeto de emenda à Constituição (BRASIL. PEC nº 90, 2011).

Mas, da forma como se fez, a decisão de investir ou não recursos públicos nos sistemas de mobilidade urbana continuará a predominar segundo critérios não-jurídicos. Noutros termos, aquilo que deveria ser regido pelo código lícito/ilícito acaba ficando à mercê, por exemplo, de critérios financeiros (dispor/não dispor de receitas).

Em verdade, parece ter havido uma intenção de caráter mais político-ideológico do que propriamente de conteúdo jurídico-normativo, no sentido de “vender” a pretensa solução para o grande problema social do transporte público. Uma vez que o preceito constitucional existe (art. 6º, incluindo o direito social ao transporte), ninguém poderá infirmá-lo (normatização álibi).

Mas, faltam-lhes os pressupostos sócio-político-econômicos de concretização, mediante a instituição das fontes de custeio para os programas estruturais (adequação das calçadas, ciclovias, bicicletários, faixas exclusivas, transportes sobre trilhos, integração dos sistemas, dentre outros) e de campanhas de conscientização quanto à necessidade de usar os modais de transporte mais sustentáveis do ponto de vista econômico, social e ambiental.

Além disso, até se pode enxergar certo potencial de bloqueio nessa estrutura normativa, porque dela em diante provavelmente não se estabelecerão tais mecanismos de concretização ao argumento de que a

.....
15 A CIDE Combustíveis é prevista nos art. 177, §4º, da Constituição de 1988 e foi instituída pela Lei nº 10.336, de 19 de dezembro de 2001.

temática já está devidamente constitucionalizada. E as decisões continuarão sendo tomadas por critérios outros (vontade política, disponibilidade de recursos públicos para investimento), em detrimento do binário lícito/ilícito. É nisso que residem, à luz da teoria de Neves, os elementos de constitucionalização simbólica da Emenda Constitucional nº 90/2015.

O DIREITO AO TRANSPORTE E TRANSCONSTITUCIONALISMO: SUPERANDO O EFEITO SIMBÓLICO

No item anterior foram identificados indícios de efeito simbólico na Emenda Constitucional nº 90/2015. O que não significa excluí-la de outras perspectivas analíticas e desprezá-la completamente. Pelo contrário, é preciso extrair a máxima eficiência possível. Seria o caso, por exemplo, de continuar dialogando com Marcelo Neves e explicá-la pelo transconstitucionalismo, em relação ao entrelaçamento, como pontes de transição, com aprendizagens recíprocas entre a ordem jurídico-normativa brasileira e a as diretrizes da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre a temática do direito ao transporte.

Com efeito, a ideia de entrelaçamento, inerente ao transconstitucionalismo, está vinculada ao pressuposto de que a sociedade moderna, complexa e conflituosa, “[...] estaria condenada à própria autodestruição [...]”, se não desenvolvesse mecanismos de aprendizado e influência recíproca entre diversas esferas sociais (NEVES, 2009, p. 34-35).

Um desses mecanismos seria o acoplamento estrutural, desenvolvido por Luhmann, e que “[...] serviria à promoção e filtragem de influências e instigações recíprocas entre sistemas autônomos diversos, de maneira duradoura, estável e concentrada [...]”, como espécie de “[...] filtros que excluem certas influências e facilitam outras” (NEVES, 2009, p. 35). Nesse sentido, a propriedade e o contrato seriam, por exemplo, acoplamentos estruturais entre os sistemas econômico e jurídico. Para o Direito, “[...] o contrato e a propriedade servem como critério orientador da definição entre lícito e ilícito; no campo da economia, são instrumentos, critérios e programas para orientação do lucro conforme a diferença binária entre ter/não ter” (NEVES, 2009, p. 36).

Sem negar a importância da tese luhmanniana do acoplamento

estrutural entre sistemas autônomos, Neves (2009, p. 37) alerta para o fato de que tais interpenetrações sistêmicas possibilitam apenas uma contribuição recíproca desordenada (não pré-ordenada), de influências. Em função disso, ele propõe que se trabalhe com a “[...] racionalidade transversal entre esferas autônomas de comunicação na sociedade mundial” (NEVES, 2009, p. 38). Nessa racionalidade ordenada, a “[...] razão não é outorgada [...], mas, ao contrário, está envolvida com entrelaçamentos que lhe servem como ‘pontes de transição’ entre heterogêneos” (NEVES, 2009, p. 39).

Portanto, o outro mecanismo de aprendizado e influência recíprocos entre as diversas esferas sociais da sociedade moderna corresponde aos “entrelaçamentos” que promovem a racionalidade transversal. Com eles, é possível o intercâmbio construtivo de experiências (aprendizagem), permitindo as pontes de transição entre as esferas autônomas da sociedade mundial.

Apresentado o conceito de entrelaçamento, agora é preciso aproximá-lo à decisão brasileira de reformar a Constituição de 1988 (para introduzir o direito social ao transporte) e ao texto normativo constante da Emenda Constitucional nº 90/2015. Para essa aproximação, recorre-se à tese do transcontitucionalismo, cujo “[...] problema consiste em delinear as formas de relação entre ordens jurídicas diversas” (NEVES, 2009, 115), uma vez que:

[...] dentro de um mesmo sistema funcional da sociedade mundial moderna, o direito, proliferam ordens jurídicas diferenciadas [...], cada uma das quais com seus próprios elementos ou operações (atos jurídicos), estruturas (normas jurídicas), processos (procedimentos jurídicos) e reflexão da identidade (dogmática jurídica). (NEVES, 2009, p. 115-116).

Embora essas ordens sejam plurais, diferenciadas e autônomas, elas não se isolam reciprocamente. Pelo contrário, elas se comunicam entre si, em relações de *input/output* e interpenetrações mediante os entrelaçamentos, que têm relativa independência em relação a tratados e acordos formais (NEVES, 2009). Esses entrelaçamentos entre ordens jurídicas ocorrem frequentemente a partir da conversação entre os tribunais e cortes de justiça, mas também pode se manifestar no âmbito legislativo e

administrativo:

[...] nem todo entrelaçamento de ordens jurídicas ocorre entre tribunais. Muitas vezes, há a incorporação de normas de outra ordem, sem intermediação de diálogos entre tribunais [...]. Além disso, em outros níveis do sistema jurídico há aprendizados e intercâmbios permanentes, como ocorre na relação informal entre legislativo, governos e administrações de diversos países (NEVES, 2009, p. 118).

E o papel do transconstitucionalismo, na linha do que propugna Neves (2009), é auxiliar na solução compartilhada de problemas constitucionais, em substituição à fragmentação e à tomada de decisão isolada de um Estado ou de outro organismo. Assim,

[...] o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder –, que lhes seja concorrentemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra... (NEVES, 2009, p. 297).

E a grande vantagem, nesse caso, é que, cada ordem jurídica, consciente dos limites da própria visão, traduzidos no “ponto cego”, “[...] leva a sério a alteridade, a observação do outro” (NEVES, 2009, p. 297).

Então, o que interessa aqui, de imediato, é avaliar a perspectiva transconstitucional da relação estabelecida entre o Direito Internacional Público e o direito estatal, com vistas a solucionar problemas constitucionais. Noutras palavras, o cerne da questão consiste em ponderar se no enfrentamento do problema relativo ao transporte público urbano no Brasil tem havido “conversação” entre órgãos brasileiros e instâncias da Organização das Nações Unidas (ONU). Enfim, de que forma a Emenda Constitucional nº 90/2015 se insere nessa conversa?

Levando em conta o sistema jurídico, o diálogo entre essas duas esferas autônomas da sociedade mundial parece bastante evidente. No

Brasil, a Emenda Constitucional nº 90 se constitui num dos elementos do marco normativo sobre a matéria, ao classificar o transporte como um dos direitos fundamentais sociais, com todas as implicações decorrentes da opção, especialmente em termos de institucionalização de órgãos administrativos que desenvolvam políticas públicas nessa área.

Para além da função simbólica dessa reforma constitucional, consoante foi pontuado no item anterior, o fato é que ela já nasceu alinhada a órgãos especializados que se encarregam de viabilizar os programas de mobilidade urbana. É o caso da Secretaria Nacional de Transporte e da Mobilidade Urbana (SeMob), que tem a missão institucional de formular e implementar a política de mobilidade urbana, inclusive “[...] priorizando os modos de transporte coletivo e os não-motorizados, de forma segura, socialmente inclusiva e sustentável” (BRASIL. MC, 2015b).

Atualmente a SeMob desenvolve, entre outros, o Programa de Infraestrutura de Transporte e da Mobilidade Urbana I (Pró-Transporte), destinado a “[...] propiciar o aumento da mobilidade urbana, da acessibilidade, dos transportes coletivos urbanos e da eficiência dos prestadores de serviços”, financiando ações de “implantação, ampliação, modernização e/ou adequação da infraestrutura dos sistemas de transporte público coletivo urbano [...]”, o que inclui “[...] obras civis, equipamentos, investimentos em tecnologia, sinalização e/ou aquisição de veículos” (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2012).

Com o Pró-Transporte, os municípios podem, por exemplo: a) criar o sistema de transporte sobre trilhos e até adquirir os próprios veículos; b) realizar obras civis e equipamentos de vias segregadas, vias exclusivas, faixas exclusivas e corredores dos sistemas de veículos sobre trilhos e pneus, inclusive a sinalização; c) disponibilizar bicicletários e garagens junto aos locais de integração dos modais e pontos de conexão de linhas de transporte público coletivo urbano; e d) construir abrigos destinados aos passageiros nos pontos de parada de transporte público coletivo urbano. (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2012).

Desse arcabouço normativo, extraem-se diretrizes centrais no sentido de garantir uma mobilidade urbana sustentável do ponto de vista econômico, social e ambiental, porque é mais eficiente (menos tempo

perdido com deslocamentos), mais segura (reduzindo acidentes) e confortável (diminuindo o estresse). Além disso, é socialmente mais inclusiva, ao ampliar as redes de integração entre os bairros e ao reduzir os custos com deslocamentos diários, e menos poluente, na medida em que desestimula o uso do veículo automotor individual.

De igual modo, na esfera internacional encontra-se a ONU com a normatização específica e instância especializada sobre a matéria de transporte público urbano. Em termos normativos, na Rio+20¹⁷ definiu-se o conceito de transporte sustentável, ou seja, aquele de baixo carbono. Uma necessidade inadiável diante dos congestionamentos, do ar poluído, dos acidentes em rodovias e da mudança climática relacionada ao transporte, que podem custar a um país de 5% a 10% de seu PIB anual, segundo informações do escritório da ONU no Brasil (ONU BRASIL, 2012). Ainda, de acordo com a entidade,

[o] setor de transporte tem sido a fonte de gases de efeito estufa que mais cresce, um resultado de décadas de planejamento urbano que se concentrou na melhoria da mobilidade para automóveis em detrimento dos usuários de transporte público, ciclistas e pedestres. Esta iniciativa, acompanhada de outros 16 compromissos assumidos no Rio, marca a maior mudança para o transporte sustentável (ONU BRASIL, 2012).

E a Agenda de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas trouxe ao mundo um plano de ação dirigido às pessoas, ao planeta e à prosperidade, buscando fortalecer a paz universal com mais liberdade (ONU, 2015). O documento é estruturado em 17 objetivos globais e em 169 metas a serem cumpridos até o ano de 2030. O objetivo 11 é dedicado ao ambiente urbano, visando “tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis” (ONU, 2015) e, entre as metas a serem alcançadas até o ano de 2030, podem ser destacadas, para efeito da presente análise, as que se referem à necessidade de:

.....
17 Denominação dada à Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, realizada de 13 a 22 de junho de 2012, na cidade do Rio de Janeiro. A expressão “Rio+20” é uma alusão ao aniversário dos vinte anos de realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, então denominada de Rio-92.

[...] proporcionar o acesso a sistemas de transporte seguros, acessíveis, sustentáveis e a preço acessível para todos, melhorando a segurança rodoviária por meio da expansão dos transportes públicos, com especial atenção para as necessidades das pessoas em situação de vulnerabilidade, mulheres, crianças, pessoas com deficiência e idosos (ONU, 2015).

Em termos de estrutura administrativa, existe o Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (ONU-HABITAT), organização responsável pelo intercâmbio global de informação sobre moradia e desenvolvimento sustentável de assentamentos humanos, e que colabora com os países no enfrentamento de desafios urbanos, incluído o transporte público. A ONU-HABITAT promove campanhas e desenvolve ações na busca por cidades sustentáveis. Cite-se, a título ilustrativo, a parceria firmada com o *World Resources Institute*, com o objetivo de financiar projetos de cidades sustentáveis, por meio de ações que garantam o acesso universal ao transporte seguro, limpo e acessível, com iniciativas que se concentram nas necessidades dos grupos mais vulneráveis e em encontrar maneiras de incorporar o transporte nos mais amplos planejamentos do uso do solo (WRI BRASIL, 2012)¹⁸.

Portanto, no que diz respeito ao tema do transporte público urbano, há uma clara interlocução entre o modelo brasileiro e o da ONU, seja no âmbito do marco normativo (prevendo acessibilidade, segurança, conforto, proteção ao meio ambiente), seja na forma de estruturação de órgãos especializados: SeMob e Ministério das Cidades no Brasil e Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos (ONU-Habitat) na esfera internacional.

Diante dessa realidade, é possível se afirmar a existência de entrelaçamento, conversação e diálogo, com aprendizagens recíprocas entre as ordens jurídicas brasileira e internacional. Isso fica mais evidente pelo fato de que na Cúpula das Nações Unidas que aprovou o documen-

.....
18 O WRI (*World Resources Institute*) foi estabelecido em 2014, tem sede em Washington, Estados Unidos. É uma instituição internacional de pesquisa e atua na área de planejamento urbano e mobilidade. Suas ações visam, entre outras coisas, financiar pesquisas que melhorem o ambiente urbano. O instituto tem projetos em vários países e, entre eles, o Brasil, como é o caso do alinhamento estratégico para projeto do *Bus Rapid Transit* (BRT) em Brasília (WRI, s/d).

to, havia representação brasileira, marcando a posição do país:

Em seus dois anos de funcionamento, o Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) envolveu amplamente o Executivo federal e recebeu decisivas contribuições dos Estados e Municípios, da sociedade civil, de movimentos sociais, do setor privado e da academia. Essa ativa participação da sociedade singularizou a atuação e a contribuição brasileira nos debates nas Nações Unidas sobre desenvolvimento sustentável (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, 2016).

Participaram do evento, representando o Brasil, pessoas que desempenhavam tarefas fundamentais no Governo à época, a exemplo da ministra do Desenvolvimento Social e do Combate à Fome, a Secretária de Política para as Mulheres, a Ministra do Meio Ambiente, o secretário nacional de relações político-sociais da Secretaria-Geral da Presidência da República, além de prefeitos de alguns municípios. Também havia representantes de movimentos sociais ligados à temática, como A Cidade Precisa de Você¹⁹, o Movimento Ocupe Estelita²⁰ e o Programa Cidades Sustentáveis²¹, possibilitando “[...] o intercâmbio internacional de experiências e boas práticas da participação social para a implementação da Nova Agenda de Desenvolvimento, a partir de 2016” (ONU BRASIL, 2015).

No que se refere ao tema aqui trabalhado, o Brasil defendeu a necessidade de formulação e implementação “[...] de políticas de mobilidade urbana sustentável, por meio da ampliação da participação do

.....
19 Associação civil sem fins econômicos, de direito privado, com sede em São Paulo, e que tem por finalidade promover a educação para o exercício da cidadania, cujas ações tenham como resultado a conscientização urbana e a ativação dos espaços públicos da cidade (ASSOCIAÇÃO, s/d).

20 Em Recife, esse movimento contesta “[...] a destinação de uma área de 10 hectares (o Cais José Estelita, na bacia do Pina, no centro da cidade), para ser usado em um empreendimento imobiliário [...] que prevê a construção de 12 torres com até 40 andares”, tendo como principais argumentos a ausência de Estudo de Impacto Ambiental e de Impacto de Vizinhança, além da falta de participação social nos procedimentos (PINTO, 2014).

21 Esse Programa “[...] reúne uma série de ferramentas que vão contribuir para que governos e sociedade civil promovam o desenvolvimento sustentável nos municípios brasileiros” e oferecendo “[...] uma plataforma que funciona como uma agenda para a sustentabilidade, incorporando de maneira integrada as dimensões social, ambiental, econômica, política e cultural e abordando as diferentes áreas da gestão pública” (PROGRAMA, s/d).

transporte público coletivo seguro e eficiente e do transporte não-motorizado”, bem como a redução do “[...] número de mortes no trânsito e melhorar a segurança viária” (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, 2014).

Dessa forma, houve marcante participação e colaboração do Brasil na construção dessa agenda mundial, cujos objetivos e metas incorporaram os aprendizados compartilhados no evento e, por outro lado, têm influenciado na ressignificação da temática internamente. A própria ONU reconheceu o papel exercido pelo país nesse processo, admitindo que o Brasil é um exemplo mundial da bem-sucedida proteção social e de preservação do meio ambiente que se apresentam como boas práticas que podem ser replicadas em vários países do mundo (ONU. PNDU, 2015).

Ocorreu o entrelaçamento, como pontes de transição, produzindo a racionalidade recíproca, para a solução dialogada de um problema constitucional (afirmação de direitos fundamentais). Pode-se afirmar, em suma, que se manifestou o transconstitucionalismo nessa temática, inclusive na Emenda Constitucional nº 90/2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos dados levantados, conclui-se que no ano de 2015, a Constituição de 1988 foi alterada formalmente para se introduzir o direito ao transporte no rol dos direitos sociais, argumentando-se que ele, assim como a educação, a saúde e o trabalho, dentre outros, seria central para uma sociedade justa, desenvolvida, capaz de promover o bem comum, conforme os objetivos da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, o direito ao transporte passaria a ser um vetor de desenvolvimento urbano, tanto no aspecto da produtividade quanto da qualidade de vida da população, permitindo a mobilidade das pessoas, a oferta e o acesso aos bens e serviços, inclusive para as pessoas que não dispõem de meios próprios de locomoção.

Com efeito, o contexto em que surgiu essa emenda apresenta grandes desafios no que se refere à organização dos planos de mobilidade urbana. A prioridade no modal do transporte motorizado particular, em detrimento dos modais mais sustentáveis, traz importantes externa-

lidades negativas (poluição, congestionamentos, desperdício de tempo e oneração dos deslocamentos, entre outras), por isso a “elevação” ao plano constitucional gera expectativas normativas quanto às políticas públicas de concretização do direito ao transporte.

Ocorre que o transporte foi “constitucionalizado” em 2015 sem os necessários instrumentos de realização, como a vinculação de receitas ou a criação de fundos específicos para financiarem programas e campanhas de esclarecimento sobre mobilidade sustentável. Assim, a decisão política de acrescentar esse direito ao texto constitucional assume um caráter mais simbólico do que normativo. Ela, por si só, não atende ao desejo e às necessidades da comunidade, frustrando as expectativas de uma normatividade eficaz e efetiva no tocante à melhoria das condições de deslocamento humano e de cargas no espaço urbano. Em verdade, transparece mais o sentimento do Poder Público em se justificar diante da realidade social, mostrando-se atuante, mas sem tratar adequadamente a resolução do problema.

Ressalte-se, entretanto, que, apesar desse efeito simbólico da Emenda Constitucional nº 90, não se pode simplesmente menosprezá-la, mas sim vislumbrá-la noutras perspectivas. Seria o caso de compreendê-la como produto do transconstitucionalismo, haja vista o arcabouço normativo pertinente à mobilidade urbana no Brasil ter influenciado e, ao mesmo tempo, recebido influência dos organismos internacionais que cuidam do tema. Um exemplo nesse sentido foi a participação e a colaboração dos representantes brasileiros na Cúpula da ONU de Desenvolvimento Sustentável, ocorrida em *New York*, no ano de 2015, que aprovou os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS).

Assim, a Emenda Constitucional nº 90 é fruto de entrelaçamento, como pontes de transição, racionalidade e aprendizado recíproco entre as normativas da ONU, particularmente do Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (ONU-HABITAT), e a ordem jurídica brasileira, materializada nas políticas da Secretaria Nacional de Transporte e da Mobilidade Urbana (SeMob), vinculada ao Ministério das Cidades. E, em função disso, pode-se afirmar que, nesse caso, o transconstitucionalismo pode se mostrar hábil a transcender o efeito simbólico originário e potencializar a concretização futura do direito social ao transporte.

REFERÊNCIAS

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

ASSOCIAÇÃO A CIDADE PRECISA DE VOCÊ. s/d. **Estatuto da Associação A Cidade Precisa de Você**. Disponível em: < http://media.wix.com/ugd/33dfe0_5c52b0ced5e942f0a808d2bada1d25a1.pdf> Acesso: 13 jul. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 27 jun. 2016.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição nº 90**. 2011. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=522343>> Acesso: 20 jun. 2016.

_____. **Lei nº 9.503**, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm> Acesso: 06 jul. 2016.

_____. **Lei nº 10.257**, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm> Acesso: 30 jun. 2016.

_____. **Lei nº 12.587**, de 3 de janeiro de 2012. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nos 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nos 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12587.htm> Acesso: 21 jun. 2016.

_____. **Emenda Constitucional nº 90**, de 15 de setembro de 2015. Dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para introduzir o transporte como direito social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc90.htm> Acesso: 20 jun. 2016.

_____. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Transporte e da Mobilidade Urbana. **Caderno de referência para elaboração de plano de mobilidade urbana**. 2015. Disponível em: <<https://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSE/planmob.pdf>> Acesso: 21 mar. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DUARTE, Fábio; SÁNCHEZ, Karina; LIBARDI, Rafaela. **Introdução à mobilidade urbana**. Curitiba: Juruá, 2012.

FORTALEZA. **Lei nº 10.408**, de 22 de outubro de 2015. Dispõe sobre a modernização e outorga de concessão do sistema de estacionamento rotativo zona azul e de áreas públicas para a construção de estacionamentos no município de fortaleza e dá outras providências. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/ce/f/fortaleza/lei-ordinaria/2015/1041/10408/lei-ordinaria-n-10408-2015-dispoe-sobre-a-modernizacao-e-outorga-de-concessao-do-sistema-de-estacionamento-rotativo-zona-azul-e-de-areas-publicas-para-a-construcao-de-estacionamentos-no-municipio-de-fortaleza-e-da-outras-providencias>> Acesso: 06 jul. 2016.

GOMES, Sérgio Bittencourt Varella; FONSECA, Paulus Vinicius da Rocha; QUEIROZ, Vanessa de Sá. O setor aeronáutico de helicópteros civis no mundo e no Brasil – análise setorial. **Revista BNDES Setorial**, nº 38, set. 2013, p. 213-264.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. **Política pública: seus ciclos e subsistemas – uma abordagem integral**. Tradução: Francisco G. Heide-mann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MARICATO, Hermínia. É a questão urbana, estúpido! In: MARICATO, Her-mínia [et. al.]. **Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil**. São Paulo: Biotempo, Carta Maior, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MINISTÉRIO DAS CIDADES. **Instrução Normativa nº 41**, de 24 de outubro de 2012. Regulamenta o Programa de Infraestrutura de Transporte e da Mobi-lidade Urbana – PRÓ-TRANSPORTE. Disponível em: < http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSEMOB/in_41_consolidada.pdf> Acesso: 25 jun. 2016.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. 2014. **NEGOCIAÇÕES DA AGENDA DE DESENVOLVIMENTO PÓS-2015: elementos orientado-res da posição brasileira**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/ODS-pos-bras.pdf> Acesso: 20 jul. 2016.

_____. 2016. **Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponí-vel em: < <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/desenvolvimen-to-sustentavel-e-meio-ambiente/135-agenda-de-desenvolvimento-pos-2015>> Acesso: 26 jun. 2016.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janei-ro: Forense, 2005.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL (ONU BRASIL). 2012. **Do Rio à Rio + 20**. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/rio20/tema/desenvolvi-mento-sustentavel/>> Acesso: 26 jun. 2016.

_____. **Brasil mostra experiências bem-sucedidas na Cúpula da ONU de Desenvolvimento Sustentável em Nova York**. 2015. Disponí-vel em: <<https://nacoesunidas.org/brasil-mostra-experiencias-bem-su-cedidas-na-cupula-da-onu-de-desenvolvimento-sustentavel-em-nova-york/>> Acesso: 7 jul. 2016.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>> Acesso: 27 set. 2015.

_____. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. 2015. **As perguntas mais frequentes sobre os objetivos do desenvolvimento sustentável (ODS)**. Disponível em: < <http://www.pnud.org.br/Docs/FAQ.pdf>> Acesso: 20 jul. 2016.

PINTO, Luiz Carlos. **Ocupe Estelita: o movimento de uma cidade contra as empreiteiras**. 2014. **Carta Maior**. Disponível em: <<http://www.carta-maior.com.br/?/Editoria/Politica/Ocupe-Estelita-o-movimento-de-uma-cidade-contra-as-empreiteiras/4/31086>> Acesso: 13 jul. 2016.

PROGRAMA CIDADES SUSTENTÁVEIS. s/d. **Apresentação**. Disponível em: <<http://www.cidadessustentaveis.org.br/institucional>> Acesso: 13 jul. 2016.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

WORLD RESOURCES INSTITUTE. **Strategic alignment for bus rapid transit (BRT) project management: strategies for successful integrated transport systems in Brazil**. (s/d). Disponível em: <http://www.wriroscities.org>. Acesso: 29 jun. 2016.

WRI BRASIL. **WRI e ONU-Habitat firmam parceria pela mobilidade urbana sustentável**. 2012. Disponível em: < <http://wricidades.org/news/wri-e-onu-habitat-firmam-parceria-pela-mobilidade-urbana-sustent%C3%A1vel>> Acesso: 26 jun. 2016.

10

Dignidade da pessoa humana e a igualdade substancial

.....
Humberto Henrique Costa Fernandes do Rêgo¹

Resumo:

O Surgimento das relações sociais, na curva da história, sedimenta-se em etapas de acontecimentos que se iniciam com a era selvagem, passando pela barbárie até chegar à civilização. O poder, nesse epicentro, foi exercido segundo preceitos instituídos por cada fase do processo civilizatório, mas guardando, todavia, pelo menos um aspecto padrão, qual seja o da subjugação do homem pelo homem. O Estado Constitucional permitiu a construção de uma nupérrima engenharia jurídica-política e social, ao se colidir com a organização estamentária do Antigo Regime e fundar uma normativa inaugural para as relações sociais, estratificada na igualdade jurídica. A despeito do *establishment* da igualdade formal, como semiótica do Novo Regime, apresentar avanços em relação ao modelo anterior, não tardou para se mostrar opaca socialmente, pela exaustão do positivismo, como base teórica. As mazelas sociais produzidas pela conflituosa relação capital-trabalho; as recorrentes crises do sistema capitalista, com especial destaque para o *crash* da bolsa de *New York* em

.....
¹ Mestre em Direito Constitucional. Professor Adjunto I da Faculdade de Direito/UERN e Especialista em Direito Público.

1929; e o escárnio humanitário produzido pela Segunda Guerra Mundial, cuidaram de produzir mudanças severas nas fundações do Estado Constitucional e, por decorrência, no conceito de igualdade jurídica, possibilitando, nesse espectro, o engendramento da ideia de dignidade da pessoa humana como célula *mater* da segunda fase do constitucionalismo. A igualdade formal, de base liberal-positivista, cede espaço para o conceito de igualdade substancial, de firmamento axiológico, projetando, por conseguinte, uma nova perspectiva de sociedade, em que os Direitos Humanos são a fonte e o limite de atuação do Estado e, o cidadão, o centro vivo de onde irradia todo o poder político.

Palavras-chave: Constitucionalismo ético-valorativo. Dignidade da pessoa humana. Igualdade jurídica. Igualdade substancial. Positivismo.

Abstract:

The emergence of social relations, in the curve of history, sediments itself in stages of events that begins with the savage era, going through barbarism until reaching civilization. Power, in this epicenter, was exercised according to precepts instituted by each phase of the civilizing process, but at the same time preserving at least one standard aspect, namely that of the subjugation of man by man. The constitutional state allowed the construction of a new juridical-political and social engineering, by clashing with the old regime's statist organization and founding an inaugural regulation for social relations, stratified in legal equality. In spite of the formal equality establishment, as a semiotic of the new regime, to present advances in relation to the previous model, it soon became socially opaque, due to the exhaustion of positivism, as a theoretical basis. The social ills produced by the conflictive capital-labor relation; the recurring crises of the capitalist system, with special emphasis on the crash of the New York Stock Exchange in 1929; and the humanitarian scorn produced by the Second World War, took care to produce severe changes in the foundations of the constitutional state and, consequently, in the concept of juridical equality, enabling, in this spectrum, the engenderment of the idea of dignity of the human person as cell mater of the second stage of constitutionalism. Formal equality, with a liberal-positivist basis, gives way to the concept of substantial equality, of axiological firmament, projecting, therefore, a new perspec-

tive of society, in which Human Rights are the source and limit of action of the State and the citizen is the living center from which all political power radiates.

Keywords: Ethical-evaluative constitutionalism. Dignity of human person. Legal equality. Substantial equality. Positivism.

INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana e a igualdade substancial são temáticas que vêm desafiando a doutrina dos Direitos Humanos desde meados do século próximo passado, quando o mundo testemunhou a ruína do positivismo clássico e a assunção de um novo conceito de proteção jurídica, baseado na ética universal de que o homem é o centro donde emana todo o poder secular, assim como o destinatário final da ação política do Estado.

O descortinamento das ações do Terceiro *Reich* expôs ao mundo imagens chocantes da degradação humana e da indignidade com as quais grupos minoritários foram tratados e penalizados, a mais das vezes até a morte, pelo simples fato de serem culturalmente diferentes.

Fala-se em diferença cultural, haja vista ser esta a única marca que separa os homens, já que sob o viés biológico todos os humanos descendem de um mesmo tronco genealógico, sendo, portanto, idênticos em suas composições e carga genética. Não há, nesse diapasão, raças de homens, vez que todos pertencem a uma única progênie, é dizer a de seres humanos. Todos são, fatalmente, *homo sapiens*.

A origem, a cor, a religião, o sexo, a língua, a ideologia, enfim, a identidade biológico-cultural de cada um é a diferença necessária para o complemento da raça humana, ou seja, o fator medular de sua virtude e pluralidade. Em vista disso, a diversidade é valor superior, fermento vivo do progresso social, plântula do multiculturalismo, logo, trincheira moral colidente com praxes discriminatórias e preconceituosas.

É nesse ponto que reside a importância da dignidade da pessoa humana para as democracias contemporâneas, vez que o estabelecimento de normas universais de proteção aos Direitos Humanos, de denso conteúdo normativo-ético, moldurou novos paradigmas políticos e ju-

ridicos na relação do Estado com o cidadão e, no viés horizontal, deste com seus semelhantes. Superou-se o formalismo descompromissado, de neutralidade estatal, para se fundar o Estado promotor da cidadania, da prosperidade social e garantidor dos Direitos Econômicos e Sociais.

Como protetor absoluto da dignidade da pessoa humana, coube ao *Welfare State* agregar os valores da nova ética jurídico-social e promover a igualdade real de seus cidadãos, garantindo a todos o acesso isonômico aos Direitos Fundamentais.

Pois bem, este trabalho buscará analisar a dignidade da pessoa humana e a igualdade substancial, tendo como ponto de partida breves referências históricas sobre as relações sociais – e seu intrique com o positivismo clássico –, mormente a igualdade jurídica que serviu de base filosófica para os tempos áureos do formalismo, e, como remate, a assunção dos Direitos Humanos como base ético-valorativa da sociedade contemporânea.

O estudo ainda demonstrará a necessidade de ações afirmativas que venham combater as desigualdades políticas, jurídicas, econômicas e sociais, de modo a permitir que todos os homens, independentemente de sua cor, sexo, crença, ideologia, língua, nascimento, deficiência ou outra diferença que possa existir, tenham acesso aos Direitos Fundamentais em igualdade de condições.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Revolvendo a história da humanidade, desde os primeiros registros, uma temática tem sido abordada, com maior ou menor especificidade, recorrentemente, qual seja a estabilidade envolvendo as relações intersubjetivas entre os homens e as destes com o poder político.

Com efeito, a curva do tempo cuidou de forjar os enastres de poder primeiramente pela prevalência da força, quando os incursos da vida coletiva se cingiam aos instintos das primeiras gerações da espécie humana. Posteriormente, dentro de um processo biológico-evolutivo, a razão assumiu o papel de dirigir as relações da vida em sociedade, sobretudo, no que tange ao exercício do poder, separando, desde então, a espécie humana das demais.

Segundo Friedrich Engels, citando Lewis Henry Morgan, a his-

tória da humanidade seria dividida em selvagem, barbárie e civilização, todas elas subdivididas em fase inferior, média e superior. A primeira é reproduzida pela “infância do gênero humano”, quando os homens “permaneciam, ainda, nos bosques tropicais ou subtropicais e viviam, pelo menos parcialmente, nas árvores” (ENGELS, 1991, p. 22). A barbárie “inicia-se com a introdução da cerâmica” (ENGELS, 1991, p. 24), para em sua fase superior desenvolver “a organização gentílica da sociedade, (...) com a entrada em cena da civilização (...) período da espada de ferro, mas também do arado e do machado de ferros” (ENGELS, 1991, p. 177). Para o autor, o umbral da civilização, já em sua fase inferior, é a divisão do trabalho.

Nesse ensejo, as primeiras civilizações desenvolveram formas de organização social – observando as peculiaridades de cada realidade – muito mais preocupada com a expansão territorial e a subjugação dos vencidos, do que com a promoção do homem como sujeito precursor e destinatário final do poder político.

Essas etapas evolutivas restaram demonstradas por Engels, ao analisar o surgimento do Estado a partir da ruína da gens:

Atenas apresenta a forma que podemos considerar mais pura, mais clássica: ali, o Estado nasceu direta e fundamentalmente dos antagonismos de classes que se desenvolviam no seio mesmo da sociedade gentílica. Em Roma, a sociedade gentílica se converteu numa aristocracia fechada, em meio a uma plebe numerosa e mantida à parte, sem direitos mas com deveres; a vitória da plebe destruiu a antiga constituição da gens, e sobre os escombros instituiu o Estado, onde não tardaram a se confundir a aristocracia gentílica e a plebe. Entre os germanos, por fim, vencedores do império romano, o Estado surgiu em função direta da conquista de vastos territórios estrangeiros que o regime gentílico era impotente para dominar (ENGELS, 1991, p. 190-191).

Com efeito, sob a batuta da civilização, as sociedades cunharam seus próprios conflitos sociais, fundando, em cada realidade vivida, ciclos de progressos econômicos e de desenvolvimento de novas tecnologias, sem, todavia, preocuparem-se com a sevícia dos grupos vulneráveis, que, segundo retrata a linha do tempo, sofreram as mais perversas práticas de torturas psicossomáticas.

Mais uma vez é percuciente a análise de Engels sobre a situação

de degradação da condição humana nas sociedades pré-contemporâneas:

Como o Estado nasceu da necessidade de conter o antagonismo das classes, e como, ao mesmo tempo, nasceu em meio ao conflito delas, é, por regra geral, o Estado da classe mais poderosa, da classe economicamente dominante, classe que, por intermédio dele, se converte também em classe politicamente dominante e adquire novos meios para a repressão e exploração da classe oprimida. Assim, o Estado antigo foi, sobretudo, o Estado dos senhores de escravos para manter os escravos subjugados; o Estado feudal foi o órgão de que se valeu a nobreza para manter a sujeição dos servos e camponeses dependentes; e o moderno Estado representativo é o instrumento de que se serve o capital para explorar o trabalho assalariado (ENGELS, 1991, p. 193-194).

Esses jaezes permitiram que o último estágio que colmatou a sociedade contemporânea, denominado de capitalismo, impusesse um arranjo social modulado na exploração máxima da classe dominante-burguesa contra a dominada-proletária, edificando uma estrutura de sociedade de total envilecimento humano, em que o homem foi convertido em simples mercadoria, desnudo, portanto, de sua condição de sujeito de direito, como bem descreve Karl Marx:

O trabalhador labora sob o controle do capitalista, a quem pertence seu trabalho. O capitalista cuida em que o trabalho seja realizado corretamente e que os meios de produção sejam utilizados de modo apropriado, a fim de que a matéria-prima não seja desperdiçada e o meio de trabalho seja conservado, isto é, destruído apenas na medida necessária à consecução do trabalho. Em segundo lugar, porém, o produto é propriedade do capitalista, não do produtor direto, do trabalhador. O capitalista paga, por exemplo, o valor da força de trabalho por um dia. Portanto, sua utilização, como a de qualquer outra mercadoria – por exemplo, um cavalo – que ele aluga por um dia, pertence-lhe por esse dia. Ao comprador da mercadoria pertence o uso da mercadoria, e o possuidor da força de trabalho, ao ceder seu trabalho, cede, na verdade, apenas o valor de uso por ele vendido. A partir do momento em que ele entra na oficina do capitalista, o valor de uso de sua força de trabalho, portanto, seu uso, o trabalho, pertence ao capitalista. Mediante a compra da força de trabalho, o capitalista incorpora o próprio trabalho, como fermento vivo, aos elementos mortos que constituem o produto e lhe pertencem igualmente. De seu ponto de vista, o processo de tra-

balho não é mais do que o consumo da mercadoria por ele comprada, a força de trabalho, que, no entanto, ele só pode consumir desde que lhe acrescente os meios de produção. O processo de trabalho se realiza entre coisas que o capitalista comprou, entre coisas que lhe pertencem. Assim, o produto desse processo lhe pertence tanto quanto o produto do processo de fermentação em sua adegua (MARX, 2013, p. 557).

Marx e Engels reprofundam-se na análise do antagonismo de classe, a partir de relevante observação das relações sociais predominantes no curso dos acontecimentos, a fim de demonstrarem que as lutas de classes têm pautado a história da humanidade. Em todos os tempos, realçam, que sempre existiu uma conexão de causa e efeito entre o opressor e o oprimido. Em o Manifesto Comunista, de 1848, Marx e Engels enfrentam esse dilema, estabelecendo que

A história de todas as sociedades até hoje existentes é a história das lutas de classes. [...] Nas mais remotas épocas da história, verificamos, quase por toda parte, uma completa estruturação da sociedade em classes distintas, uma múltipla gradação das posições sociais. Na Roma antiga encontramos patrícios, cavaleiros, plebeus, escravos; na Idade Média, senhores, vassalos, mestres das corporações, aprendizes, companheiros, servos; e, em cada uma destas classes, outras gradações particulares. A sociedade burguesa moderna, que brotou das ruínas da sociedade feudal, não aboliu os antagonismos de classe. Não fez mais do que estabelecer novas classes, novas condições de opressão, novas formas de luta em lugar das que existiram no passado (MARX; ENGELS, 2007, p. 40).

O rompimento com essa franquia social, após milênios de expropriação do homem pelo homem, tem se tornado uma necessidade inevitável, porém construída de forma lenta e gradual, recebendo influência das mais variadas raízes filosóficas, com destaque para a doutrina cristã, que lançou as bases éticas do Ocidente, e do movimento iluminista, ponto de partida para a era constitucional.

Vale registrar, por oportuno, que a relação de exploração entre classes sociais não foi superada pelo Estado Contemporâneo, antes agravada com a ascensão do modo de produção capitalista. Todavia, inegável que o modelo constitucional inaugurado com o Estado Liberal trouxe avanços jurídicos significativos – no caminho da cidadania – ao novo

padrão de sociedade fundado pela burguesia, permitindo, com isso, uma expressiva ampliação do debate social, notadamente diante dos conflitos gerados pela colisão entre o capital e o trabalho.

O fortalecimento da ideia de união da classe trabalhadora – açulada pela publicação do Manifesto Comunista² – e as reiteradas crises no sistema capitalista fertilizaram o terreno para a surgimento de sólida base teórica, com fundamento na dignidade da pessoa humana, avelhantando, em decorrência, os postulados do Estado Liberal puro, ao tempo em que apontaram a alameda das bases jurídicas, sociais e políticas dos Direitos Humanos em escala universal. O resultado final dessa engenharia social foi a modulação da segunda fase do constitucionalismo, de baldrame axiológica e valoração máxima, reitere-se, à dignidade da pessoa humana.

IGUALDADE ABSTRATA

Nesse contexto, a estagnação social em que vivia a Europa da primeira metade do século XVIII, imergida numa estrutura de poder formada por castas que gozavam de toda a riqueza produzida, mas que em nada contribuíam para o progresso dos povos e a justiça social, serviu de alicerce para a arena de embates entre classes sociais, especialmente fomentados pelas teorias que preconizavam a igualdade de todos perante a lei.

Era, com efeito, o hálito revolucionário que a burguesia necessitava para eclodir as convulsões sociais que culminaram com a queda do Absolutismo e a assunção do Estado Constitucional na França em 1791, malgrado a Inglaterra, desde a Revolução Gloriosa, ainda no século XVII, já houvesse rompido com a concentração de poder nas mãos de um único órgão. Mesmo caminho foi palmilhado pelos Estados Unidos da América após a declaração de independência de suas 13 colônias, em 1776, e a composição de sua Federação em 1787, através da promulgação da Constituição estadunidense.

Alterou-se, com esse novo modelo de organização política, a ótica de exercício do poder no Ocidente, vez que as castas sociais, que, em

.....
2 Trabalhadores do mundo, uni-vos!

séculos, estiveram imunes aos tentáculos das obrigações legais, passaram a receber tratamento isonômico, ainda que no plano da legalidade, em relação aos demais estamentos da sociedade. Extinguiu-se, de uma vez por todas, a justificação do poder divino, para estabilizá-lo na vontade popular.

Inicia-se, assim, a primeira fase do Estado Constitucional, de preponderância positivista, que traspassaria todo o século XIX e as primeiras décadas do século XX. Período em que a lei se apresenta como reflexo absoluto da vontade geral, todos a ela estando subordinados, independentemente de raiz principiológica. A ética, nessa fase, era a da norma formal, ou seja, fundada na concepção teórica do positivismo.

Já enfrentamos, em outro trabalho, a lógica positivista, para explicar o fundamento de sua metodologia e aplicação no mundo dos fatos. Na ocasião, registrou-se o positivismo

como um processo de observação histórica dos fenômenos naturais, que, todavia, prioriza as relações abstratas existentes nesses acontecimentos verificáveis e desconsidera as suas causas determinantes. Baliza, pois, seu prognóstico em critérios racionais, alimentado por uma única verdade, as próprias experiências do homem (RÊGO, 2014, p. 80).

Auguste Comte, principal teórico do positivismo, vaticina que “o verdadeiro espírito positivo consiste sobretudo em ver para prever, em estudar aquilo que existe a fim de concluir o que ele se tornará, segundo o dogma geral da invariabilidade das leis naturais” (COMTE, 2016, p. 33).

Percebe-se, pois, que as linhas positivistas visualizam um modo de organização social assentado na racionalidade da lei, fruto da previsão humana, logo invariavelmente agregado aos valores e dogmas do homem. Ignora o espírito positivo as especulações que precedem ou convivem com os fenômenos sociais – valores, historicidade, crenças, ideologias –, pois o que importa é a disciplina da realidade, dos momentos vividos, razão pela qual declara uma verdade relativa de tais fenômenos, desde que fidedigna às vicissitudes humanas, à ética do homem (RÊGO, 2014).

Ao Estado Liberal, organizado pelo triunfo do ideal burguês, de liberdade plena e intervenção mínima, coube preparar o ambiente para a difusão da igualdade formal, conceito segundo o qual a todos deve ser dispensado tratamento isonômico. Extingue-se, com isso, as diferenças

decorrentes das castas sociais, reinantes no Absolutismo, para nivelar todo cidadão dentro de um panorama semelhante de legalidade.

Num primeiro momento, de convulsão generalizada em face da derrubada dos privilégios que assolavam, sobretudo, a Europa Pré-contemporânea, compreendeu a nova classe dominante que havia construído o albergue fundamental para a formação de uma sociedade mais justa e comprometida com o progresso social.

Todavia, em verdade, garantiu direitos tão somente a ela mesma, já que a estrutura jurídica edificada pelas revoluções burguesas ignorava as vicissitudes de cada cidadão, impedindo, ou no mínimo dificultando, àqueles provenientes dos estamentos mais vulneráveis da sociedade de guiarem o seu destino de modo a alcançarem uma real igualdade social.

Ora, impossível assegurar a igualdade de todos perante a lei sem que seja dispensado equivalência de condições aos diversos grupos sociais que compõem uma sociedade, ou seja, garantia de paridade de oportunidades que possibilite ascensão social e aperfeiçoamento da cidadania de forma planificada.

Para Yara Maria Pereira Gurgel,

O Estado Liberal ou Burguês garantia, unicamente, a igualdade de tratamento, independentemente da situação específica de cada cidadão. Como não intervinha nas relações econômicas, não cabia ao legislador criar desigualdades artificiais, mesmo para impulsionar a desenvoltura das capacidades pessoais (GURGEL, 2010, p. 39).

A não intervenção estatal e a liberdade plena na relação capital-trabalho, em vez de promoverem a simetria entre as camadas sociais, projetaram verdadeiros abismos na sociedade burguesa, já que o Estado Liberal ignorava as condições pessoais de cada cidadão e as reais necessidades de suprir essas deficiências. Assim, abstendo-se de cultivar a tão desejada integração social, criou, a igualdade formal, um dos mais perversos sistemas de exploração do homem pelo homem.

O individualismo foi um dos fortes vetores do Estado Liberal e da igualdade formal, atingindo o seu ápice com Adam Smith em sua obra “A Riqueza das Nações”, na qual o autor afirma-o como benéfico à coletividade, já que a ventura individual, por via reflexa, era a prosperidade de toda a sociedade, independentemente de o capitalismo ter como único objetivo a obtenção de lucro.

Ao mercado, segundo Adam Smith, agindo livremente, caberia regular as relações sociais, como uma “mão invisível”, promovendo, assim, o progresso de forma harmoniosa:

Como todo indivíduo procura, tanto quanto pode, tanto empregar seu capital em apoiar a indústria doméstica, e assim dirigir aquela indústria para que sua produção seja do máximo valor, todo indivíduo necessariamente trabalha para tornar o rendimento anual da sociedade o maior que puder. De fato, em geral, ele nem pretende promover o interesse público nem sabe quanto o está promovendo. Preferindo apoiar a indústria doméstica, e não a estrangeira, ele procura apenas sua segurança; e dirigindo aquela indústria de tal maneira que sua produção seja do maior valor, procura apenas seu próprio ganho, e nisto, como em muitos outros casos, é só levado a por uma mão invisível a promover um fim que não era parte de sua intenção. E tampouco é sempre pior para a sociedade que não tivesse este fim. Seguindo seu próprio interesse, ele frequentemente promove o da sociedade mais efetivamente do que quando realmente pretende promover-la. Nunca soube de grande bem feito por aqueles que aparentavam comerciar para o bem público (SMITH, 2017, p. 923-924).

Percebe-se que, para Smith, a preponderância do individualismo sobre o coletivismo, *de per se*, promoveria ganhos extraordinários para toda a sociedade, haja vista que o espectro da mão invisível – atualmente conhecido como lei da oferta e procura –, promoveria antes avanços sociais do que pessoais.

Nessa senda, entendia Smith que o esforço constante e diuturno que cada homem promovesse para melhorar sua condição social seria de tal magnitude que, por si só, reuniria as condições necessárias para corrigir até erros da política econômica e levar a sociedade à riqueza e à prosperidade (SMITH, 2017).

Essa perspectiva teórica funda-se na neutralidade plena do Estado, que deve cingir-se a assuntos pontuais, restritos e que não sejam de interesse da iniciativa privada, deixando a individualidade de cada qual promover o progresso de todos, ou seja, sem “qualquer intervenção reguladora do Estado” (SMITH, 2017, p. 923-924). A leitura smithiana, nesse diapasão, desconsidera, por completo, as vicissitudes de cada homem, região, processo histórico civilizatório, enfim, as idiosincrasias inerentes a cada realidade social.

Yara Gurgel, analisando a neutralidade do liberalismo sob a ótica da igualdade formal, asseverou que

A igualdade perante a lei, segundo o qual todos fazem jus aos direitos de forma neutra e universal, desatenta às desigualdades reais e implantada sob o modelo liberal, gerou uma sociedade puramente individualista, na qual as relações civis, incluindo a de prestação de serviço, eram regidas segundo a autonomia da vontade das partes (GURGEL, 2010, p. 38).

E acrescenta:

O apogeu da burguesia, realçado pelas liberdades individuais, inclusive pelo que se entende hoje como relações de trabalho, retrata a opressão pela qual a grande maioria de pessoas excluídas passava. A burguesia era quem de fato dispunha dos instrumentos necessários para usufruir dos ditos Direitos Fundamentais (GURGEL, 2010, p. 39).

Esse modelo positivista-liberal, apesar dos ataques sofridos por teóricos que questionavam a sua eficiência, mormente advindos dos ideais socialistas, somente veio a sofrer revés com a Revolução Russa de 1917, quando, então, a opressão decorrente do Estado Liberal foi severamente combatida e o individualismo obrigado a ceder espaço ao solidarismo, cuja máxima defendia a integração de todos os homens à condição de sujeitos de direitos.

Não se está aqui afirmando que a experiência da União Soviética tenha assegurado a igualdade material a seus patrícios, o que de fato a História demonstrou que não o fez, a despeito da notável simetria social atingida, mas demonstrando que a conexão liberalismo-positivismo deparou-se com seu maior debacle, em aproximadamente um século de apogeu, com o surgimento do modelo de desenvolvimento bolchevique, já que este era insubmisso à matriz filosófica positivo-liberal.

De todo modo, a simbologia, maléfica, do positivismo materializou-se em definitivo com a Segunda Grande Guerra, quando a Terceira *Reich*, sob o império da lei, promoveu um dos maiores genocídios da história da humanidade, demonstrando que o Estado Liberal não mais atendia aos anseios sociais e que a igualdade formal, em sua forma pura, encontrava-se carcomida e esgaçada pela História.

Fabio Konder Comparato observa que somente o choque de realidade ao qual o mundo foi submetido, ao desnudar as cóleras produzidas pelo mais grave conflito em escala mundial da História, foi que se tornou possível compreender a igualdade humana como bem fundamental do homem e alicerce ético-jurídico-político vital para a preservação da espécie (COMPARATO, 2015).

De fato, os horrores do Segundo Conflito Mundial, a banalidade demonstrada com a vida humana, os métodos pelos quais pessoas eram sacrificadas e submetidas à total degradação física e moral e o desrespeito com que os segmentos minoritários foram tratados, com extensão de seus efeitos em todos os continentes, mostraram que a fórmula segundo a qual todos são iguais perante a lei, sem a garantia dos mecanismos jurídicos de proteção e as ações políticas que transformassem essa abstração em realidade social, quedou-se imprópria a acalantar os reclamos da sociedade surgida no pós-guerra. Era a deixa para o definhamento da hegemonia positivista, imobilizada pela subserviência ao formalismo e despreocupação com o homem enquanto sujeito de direitos.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E IGUALDADE SUBSTANCIAL

Nesse ensejo, terminado o grande conflito, e diante das atrocidades praticadas pelo Eixo e demonstradas à comunidade internacional, o mundo se viu perplexo com a nocividade do positivismo liberal e com a coisificação do homem, enquanto mero objeto do poder político.

Essa é a conclusão que dimana do pensamento de Yara Gurgel, para quem

diante das atrocidades ocorridas durante a Segunda Grande Guerra, percebeu-se que o positivismo jurídico não oferecia proteção suficiente ao ser humano. Era preciso construir nova Ordem Jurídica, com aplicação universal, que proporcionasse a esta posição de destaque (GURGEL, 2010, p. 30).

Surge, assim, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a grande marca do sistema jurídico ocidental do século XX, é dizer a dignidade da pessoa humana. De conteúdo axiológico e extraordinário apelo à defesa do homem, como ser único e dotado de direitos

inalienáveis, essa “norma-princípio” passou a ser a chave de abóboda das relações jurídicas no Ocidente e o principal irradiador ético-moral da organização política e social do Estado, agora Democrático, de Direito.

Nas palavras de Fábio Konder Comparato,

Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (COMPARATO, 2015, p. 240).

Ressalve-se que, muito embora tenha a Declaração Universal dos Direitos Humanos dado densidade jurídica à doutrina da dignidade da pessoa humana, é de Immanuel Kant a façanha de forjar dito princípio, encontrando-se formulado em sua “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”. Segundo o autor,

[...] no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade (KANT, 2004, p. 65).

Desse modo, a dignidade da pessoa humana é um conjunto de preceitos ético-valorativos, em nível de princípios norteadores do Direito e da Política, que visa a proteção integral do homem, enquanto ser único e dotado de direitos universais, e do cidadão, enquanto membro integrante da sociedade.

Ingo Wolfgang, escrevendo sobre a dignidade da pessoa humana, enfatiza:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de

cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2007, p. 62).

Para Yara Gurgel,

A dignidade da pessoa humana, como base ética da sociedade moderna, é valor absoluto e qualidade inerente a todo ser humano; além de ser destituída de qualquer fator moral, religioso ou econômico. Não há espaço para substituição, relativização ou valorização do ser humano. Também não há que se pensar em dimensão quantitativa ou qualitativa da dignidade. Todos os seres humanos possuem condição humana e, portanto, igual valor absoluto - possuem idêntica dignidade e direito à proteção jurídica (GURGEL, 2010, p. 31).

É bem verdade que, muito embora o conceito de dignidade da pessoa humana seja universal e extensível a toda pessoa, independentemente de crença, sexo, opção política, raça ou outra condição qualquer, diverge a doutrina se esse padrão ético-valorativo tem caráter vinculante a todos os povos, como preceito de curso obrigatório.

Os universalistas asseveram que sim, já que a dignidade da pessoa humana assume uma acepção de mínimo possível de sobrevivência, razão pela qual de efeito imediato e vinculante a todos os povos e nações.

Já os relativistas, em posição contrária, defendem que, malgrado o caráter universal dos direitos humanos, que deve ser instigado e promovido em todos os povos, a cultura, os costumes, as peculiaridades de cada realidade são fatores de indispensável proteção, não podendo a noção de uma vivência ser imposta como padrão de comportamento às demais.

Independentemente de a razão assistir a uma ou outra corrente, até porque não é esta a proposta deste trabalho, o certo é que, através dos Direitos Humanos, buscou a sociedade contemporânea desenvolver uma rede de proteção e assistência ao homem, em razão de sua própria condição humana.

A teia de proteção advém da normatividade surgida em nível de Direito Internacional, mas de irradiação compulsória às democracias co-

evas por meio de suas constituições, como base de todo o ordenamento jurídico democrático. Passou a dignidade da pessoa humana a ser o fio-de-ariadne para a norma-regra, para o aplicador da norma e, noutro quadrante, até para as relações de natureza interpessoais, é dizer as conexões privadas.

Já os mecanismos de assistência advêm da exigência dos Estados em promoverem políticas públicas no sentido de materializar essa norma-princípio e, bem assim, garantir a sua real eficácia.

Yara Gurgel assevera que “a condição humana é o único requisito para se ter direito à dignidade: não está condicionada à moral, comportamento ou crença religiosa” (GURGEL, 2010, p. 31).

Destarte, a condição de homem (espécie) craveja a única exigência jurídica para o sistema de proteção à dignidade da pessoa humana, constituindo-se, portanto, no núcleo inexorável da ideologia constitucional contemporânea.

Ora, o positivismo liberal jamais se propusera a enfrentar tal desafio, vez que se exauria na mera ficção jurídica da lei, conforme demonstrado por Luciano Gruppi, ao analisar os alicerces da democracia burguesa:

Numa democracia burguesa todos são declarados iguais diante da lei, pois em termos jurídicos os direitos de cada cidadão são iguais aos de qualquer outro cidadão. O burguês, na sociedade medieval, não podia ser representado numa assembleia; mas todos podem ser eleitos no Parlamento a partir do momento em que se afirma o sufrágio universal, e a lei é igual para todos (GRUPPI, 1998, p. 40).

Mais adiante, descreve a quão enganosa é a igualdade formal burguesa, ensaiando que “essa igualdade é forjada criando uma figura formal jurídica, abstrata (a do cidadão), que cinde a unidade do homem, a unidade entre o homem no trabalho e o mesmo homem diante da lei. O cidadão é uma hipótese jurídica, uma forma jurídica” (GRUPPI, 1998, p. 41).

E arremata afirmando que “essa liberdade e igualdade de que falava a Revolução Francesa não eram realmente universais: era a liberdade e igualdade só para uma parcela da sociedade, para o setor economicamente dominante, isto é, para a burguesia” (GRUPPI, 1998, p. 30).

Com efeito, o contraste anotado, aferido da realidade no tratamento entre a classe dominante e a grande massa de desfavorecidos, oprimida diante das condições sociais a que estava submetida, serviu de fundíbulo para o advento de diversas concepções teóricas, marcadamente socialistas, as quais defendiam a revolução econômico-social imediata, com a substituição das instituições capitalistas por um modelo de organização baseado na igualdade substancial.

Para Karl Marx, a natureza não criou, por predileção, possuidores de riqueza de um lado e da mera força de trabalho de outro, evidenciando, com essa observação, que as discrepâncias sociais resultam de múltiplos processos históricos de desenvolvimento e transformação na base produtiva de sociedades anteriores, tendo como consequência, a cada imutação, o aniquilamento do modelo de produção social pré-existente. Nesse sentido, o surgimento da exploração de uma classe social, por outra, foi produto da necessidade de subsistência do trabalhador livre no mercado de trabalho, após a transmutação de um sistema de opressão anterior para o posterior (MARX, 2013).

A diferença crucial entre a igualdade burguesa, dita formal, e a marxista, denominada material, reside num fator determinante, é dizer na promoção de ações afirmativas visando superar as vulnerabilidades que impedem as classes sociais menos favorecidas de participarem, como sujeitos de direitos, da divisão da riqueza da nação. A primeira rechaça essa possibilidade, enquanto a segunda compreende-a como crucial para o progresso de uma sociedade.

É certo que igualdade perante a lei é norma-princípio que deve ser protegida pelo Direito, a partir de uma compreensão dinâmica da norma, ou seja, deve ela conviver com o fluxo e o refluxo da realidade vivida. Portanto, o que se busca com a igualdade material é, em verdade, transformar aquela garantia legal do positivismo clássico em bem jurídico real e acessível a todos os cidadãos.

Assim, pelo mecanismo de tratar as pessoas iguais de forma igual e as desiguais de forma desigual, consegue o Estado suprir as deficiências identificadas em cada grupo social vulnerável, possibilitando que os cidadãos destes grupos possam ter paridade de oportunidade no acesso aos bens de consumos, à educação, à saúde, enfim, aos Direitos Fundamentais.

Robert Alexy, analisando a igualdade jurídica e a material, faz interessante análise sobre o tema:

Os conceitos de tratamento igual e tratamento desigual têm uma ambiguidade fundamental. Eles podem ser compreendidos tanto em relação a atos como em relação a consequências. [...] De acordo com a compreensão relacionada a atos, os necessitados e os não-necessitados são tratados não de forma desigual, mas igual, já que a vantagem da assistência judiciária gratuita é recusada a ambos da mesma forma. Pode-se dizer, tratados de forma juridicamente igual. Já segundo a compreensão relacionada a consequências, necessitados e não-necessitados não são tratados de forma igual, mas desigual, já que a não-garantia da assistência judiciária gratuita impede o necessitado, mas não o não-necessitado, de se utilizar de uma via judicial prevista pela lei, apenas porque não dispõe dos meios necessários para tanto (ALEXY, 2015, p. 416).

A crítica de Alexy leva a um resultado bem simples, qual seja a promoção da igualdade material ou fática pode gerar, em determinadas situações, a compreensão da desigualdade jurídica, já que a ação afirmativa destinada àqueles que estão em situação jurídico-social vulnerável não pressupõe o caminho inverso, isto é, ação idêntica aos que estão em polo jurídico-social privilegiado.

Konder Comparato palmilha caminho análogo asseverando que,

O princípio da igualdade essencial do ser humano, não obstante as múltiplas diferenças de ordem biológica e cultural que os distinguem entre si, é afirmado no artigo II (da Declaração Universal dos Direitos Humanos). A isonomia ou igualdade perante a lei, proclamada no artigo VII, é mera decorrência desse princípio. O pecado capital contra a dignidade humana consiste, justamente, em considerar e tratar o outro – um indivíduo, uma classe social, um povo – como um ser inferior, sob pretexto da diferença de etnia, gênero, costumes ou fortuna patrimonial. Algumas diferenças humanas, aliás, não são deficiências, mas, bem ao contrário, fontes de valores positivos e, como tal, devem ser protegidas e estimuladas (COMPARATO, 2015, p. 241).

Noutro enfoque, para além da base teórica marxista, duas constituições, da segunda década do século XX, apresentaram ao mundo modelos que apontavam para o caminho da igualdade substancial, inaugu-

rando, assim, a fase da constitucionalização dos Direitos Fundamentais de *status positivus*³, sendo elas a Constituição do México de 1917 e a Carta da Alemanha de 1919, esta conhecida como Constituição de Weimar. Referidos documentos serviriam de paradigmas para as constituições que lhes sucederiam nas décadas seguintes.

Mesmo diante de todo esse apanágio de construções teóricas e dogmáticas, a estrutura social capitalista só perceberia seu esgotamento com a maior crise do sistema desde sua hegemonia, ou seja, em 1929 com o *crash* da bolsa de *New York* e o impacto gerado na economia do mundo. A eclosão da grande depressão corroeu os alicerces econômicos e sociais dos estados capitalistas – os países que seguiam o modelo de organização socioeconômico da União Soviética passaram ilesos à crise –, gerando ondas de demissões, bancarrotas, quedas drásticas na produção industrial, nos preços e ações, além do achatamento do produto interno bruto de diversas nações, ou seja, a quebra da bolsa causou um choque de tamanha magnitude que provocou a estagnação da atividade econômica em diversos países no mundo.

A contra crise veio com a implementação do Estado de Bem-Estar Social, destacado marco no enfrentamento da grande depressão e, por conseguinte, da pavimentação em busca da igualdade substancial, cujos objetivos visavam reestruturar o plexo econômico, jurídico e social do padrão de desenvolvimento capitalista, propendendo a uma maior integração entre o capital e o trabalho, notadamente pela intervenção do Estado na economia e a implantação de ações positivas que fossem capazes de realinhar a relação entre a produção e a classe trabalhadora.

O *New Deal*, expressão usada pelo Presidente Franklin Delano Roosevelt para batizar o pacote de medidas de combate à crise de 1929 nos Estados Unidos, alterou, de modo significativo, a relação de poder na sociedade americana – caminho idêntico foi seguido pela Alemanha, através do Ministro da Economia do Terceiro *Reich*, Hjalmar Schacht – implantando uma ousada política de intervenção na economia e nas

.....
6 O paradigma de uma teoria de posições globais abstratas é a teoria dos status, de Jellinek. Sua análise aqui não se justifica somente pela sua importância histórica como exemplo de uma grande construção jurídica, conceitual e teórica. Ela ainda tem grande relevância como fundamento de classificação dos direitos fundamentais. (...) Jellinek (2015, p. 254-255) diferenciava quatro status: o status passivo ou status subiectionis, o status negativo ou status libertatis, o status positivo ou status civitatis e o status ativo ou status da cidadania ativa.

relações sociais, com abertura de linha de financiamento à sociedade, reposicionamento da legislação trabalhista – com limitação da jornada de trabalho –, subsídio para a atividade produtiva, perdão de dívidas públicas, dentre outras medidas, no afã de reaquecer a economia e realinhar a relação capital-trabalho.

Comentando as ações políticas empreendidas pelo Presidente Roosevelt, através da nova política, José Jobson Arruda faz a seguinte exposição:

tratou-se de manter o nível dos preços dos produtos. Para tanto foi preciso impedir, na medida do possível, o aumento descontrolado da produção em certos setores onde tinha havido grandes excedentes – a agricultura, o petróleo, o carvão – cujos preços foram fixados pelo governo. Ao mesmo tempo o governo iniciou uma política de empréstimos aos fazendeiros endividados, cujas terras tinham sido hipotecadas e se achavam abandonadas [...] Foi criado um órgão governamental cuja função era a de controlar o sistema de crédito no país. Esse órgão controlava os empréstimos federais e instituições públicas ou particulares, expandindo ou diminuindo o crédito no país, segundo as necessidades. Os salários dos operários foram aumentados, elevando seu poder aquisitivo. [...] Foram fixados salários mínimos e determinados os horários máximos de trabalho diário. Aboliu-se totalmente o trabalho das crianças; legalizaram-se, pela primeira vez na história dos Estados Unidos, as organizações sindicais, que ficaram incumbidas de negociar os contratos coletivos de trabalho. Ampliou-se o sistema de previdência social, passando a ser responsabilidade do governo o bem-estar dos trabalhadores em caso de invalidez, de velhice e mesmo de desemprego. O problema do desemprego foi atenuado pela intensificação das obras públicas, assim como pela criação de grandes instituições governamentais, que absorveram grande parte da mão-de-obra ociosa. Muitas novas residências foram construídas com ajuda governamental. O governo deu garantias aos investidores, criou um fundo para garantir os depósitos populares nos bancos, que ficariam a salvo de possíveis falências. Foi fundado um banco especialmente para financiar as exportações com a faculdade de conceder créditos a países estrangeiros. A indústria de energia elétrica passou a ser mais controlada pelo Estado. [...] Foram ampliadas as fontes de energia hidrelétricas (ARRUDA, 1974, p. 321-322).

Essas medidas tomadas nos EUA e na Alemanha foram, três anos depois, racionalizadas por John Maynard Keynes, criador do keynesia-

nismo, que tratou de dotar essa política de sólida armação científica, a fim de estruturar as bases do *Welfare State*, constituindo-se, assim, em uma das mais influentes bases teóricas da economia no século XX. Segundo Keynes,

Como o Estado está em condições de poder calcular a eficiência marginal dos bens de capital no longo prazo e com base nos interesses gerais da comunidade, espero vê-lo assumir uma responsabilidade cada vez maior na organização direta dos investimentos (KEYNES, 2012, p. 147).

A intervenção do Estado na atividade econômica e a promoção de ações afirmativas serviram, segundo Yara Gurgel, como elementos de proteção às classes sociais mais vulneráveis, além de instrumentos de propagação da igualdade material, a partir da construção de um novo marco regulatório, alicerçado na dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, assevera que

o Estado Social de Direito, Estado de Bem-Estar Social, Estado-Providência, Estado de Direito Material ou *Welfare State*, traduzido na intervenção nas atividades econômicas, na implantação e na efetividade de prestações positivas - Direitos Sociais - , no intuito de minimizar as diferenças sociais, imbuído do Princípio da Solidariedade e traduzido na promoção da assistência e proteção às classes menos favorecidas, representou a busca pela justiça social, realizada por meio da igualdade material, essencial para o diminuir as desigualdades, sem perder de vista a preservação e a efetividade das liberdades públicas (GURGEL, 2010, p. 43).

Consolidada, portanto, a ideia de igualdade material, como exigência de proteção à dignidade da pessoa humana, coube às democracias ocidentais do pós-guerra abandonarem a condição de Estado neutro e de atuação mínima, preponderante no modelo liberal (prestações negativas), para assumirem o papel de protagonistas na promoção dos Direitos Econômicos e Sociais. Entra em cena, nesse prisma, o Estado proativo, fiscalizador e implementador das liberdades públicas – fortalece-se a base do dirigismo contratual em detrimento do *pacta sunt servanda*. A ação positiva do Estado passa a ser o paradigma constitucional, a mola mestra da efetividade dos Direitos Fundamentais, a garantia da consagra-

ção definitiva da igualdade substancial.

Essa atuação positiva estatal, forjada na promoção de ações afirmativas, tem como objeto o ser humano, o homem em seus variados aspectos sociais, e como objetivo a materialização dos Direitos Fundamentais e a proteção absoluta da dignidade da pessoa humana.

Para Alexy, “direitos a ações positivas do Estado impõem ao Estado, em certa medida, a persecução de algum objetivo”, que, segundo alerta, estão assim divididos: “direitos a proteção; direitos a organização e procedimento; e direitos a prestações em sentido estrito” (ALEXY, 2016, p. 444).

Assim, passou o Estado a assumir pro-ativamente a agenda social de promoção da igualdade, buscando identificar os grupos sociais mais vulneráveis e, conseqüentemente, pontuar as ações necessárias para garantir a esses grupos a igualdade de possibilidades, de competição e de disputa pelo acesso à riqueza da nação. O Estado de Bem-Estar Social não garante o sucesso do cidadão ao progresso social, já que sua atividade-fim não é o resultado, antes assegurar que todos estarão em igualdade de condições para alcançarem o desenvolvimento social, familiar, profissional e pessoal.

É a justiça social, diante da busca eterna pela igualdade substancial, em verdade, distributiva e compensatória, na medida em que visa redistribuir a riqueza gerada por cada Estado entre todos os grupos sociais, ao tempo em que busca compensar pelos prejuízos sociais do passado aquelas classes menos favorecidas.

Importante ainda realçar, como âncora da igualdade material, o princípio da Não-Discriminação, caracterizado por uma estrutura legislativa que imponha o tratamento isonômico a todas as pessoas, ao tempo em que empresta acolhimento diferenciado àquelas que se encontram em situação de maior vulnerabilidade social.

Nesse sentido é o ensinamento de Yara Gurgel, para quem

a técnica de não discriminação vincula-se ao aparato legal de tratamento isonômico. Tratar a todos igualmente, sem distinção, presuppõe, à primeira vista, não realizar qualquer comparação entre pessoas. Em segundo plano, não discriminação se traduz em oferecer tratamento especial às pessoas pertencentes aos grupos vulneráveis, buscando capacitá-las ao exercício dos Direitos Humanos

e Direitos Fundamentais, sob o aparato da igualdade substancial (GURGEL, 2010, p. 49).

A construção, portanto, da dignidade da pessoa humana, erigida, primacialmente, em nível de norma-princípio de Direito Internacional e, posteriormente, de Direito Constitucional, é máxima inflexível na tradição dos sistemas jurídicos ocidentais, sendo a fonte de irradiação ético-valorativa do Estado Democrático de Direito e a razão primeira da busca constante pela igualdade substancial no Direito contemporâneo.

Nesse sentido, a História tem demonstrado que esses avanços civilizatórios são conquistas irrefragáveis da espécie humana, radicados num plexo de valores morais, políticos e jurídicos tão inquebrantável que não admite retrocesso social, a despeito de revezes que algumas nações, vez por outra, possam enfrentar, durante a afloração de sua experiência constitucional. Todavia, serão sempre intercursos efêmeros, que acabam por fortalecerem a resiliência social e as bases dessa equivalência comunitária.

CONCLUSÃO

O desafio do presente estudo, desde os seus prolegômenos, foi o de proporcionar um debate, reflexivo, sobre a evolução política, social e jurídica das sociedades humanas, com vistas a identificar os padrões sociais hegemônicos em cada etapa evolutiva e entender a construção dos alicerces que permitiram edificar o atual modelo de organização constitucional.

A justificativa para se buscar essa compreensão é a de alcançar a importância, para os povos, da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial, como evolução das experiências vividas e instrumentos de superação da opressão social.

Com efeito, a historicidade das relações sociais demonstrou a capacidade nefasta de subjugação que o homem impôs a si mesmo, em especial nas últimas fases da barbárie e em todo o período da civilização.

As faces do poder, seja na antiguidade clássica, na Idade Média ou nos movimentos políticos modernos, descortinaram a condição sub-humana pela qual o homem traspassou os quatro últimos milênios,

assim como consolidaram um padrão de desenvolvimento civilizatório baseado na luta entre classes sociais, ou seja, um modelo em que o opressor e o oprimido são fundamentos estruturantes da sociedade.

Essa relação, baseada na colisão de classes, forjou hábitos sociais que tatuaram condutas discriminatórias e preconceituosas no curso dos acontecimentos, produzindo, como efeito direto, um modelo de segregação biológica e cultural contra determinados grupos sociais, que, por serem mais vulneráveis econômica, política e socialmente, suportaram as piores condições de existência.

Os retalhos arranjados pelo Estado Contemporâneo, com a tomada do poder pela burguesia no século XVIII, só fizeram agravar esse estado de coisas, mormente com a formatação da igualdade jurídica, que, além de criar uma falsa sensação de proteção por parte do Estado, acabou por impor às já sofridas classes menos favorecidas pesado ônus social, dado o grau de indignidade ao qual foram submetidas.

A assunção do *Welfare State* irradiou feixes de luzes na escuridão do Estado Liberal, trazendo para a ordem do dia a discursão sobre a dignidade da pessoa humana e a materialização da igualdade substancial. A substituição do positivismo clássico por uma nova ordem jurídica, de base ético-valorativa, abalizada na promoção dos Direitos Humanos como bem absoluto de todos os homens, permitiu a abertura do ciclo histórico da dignidade da pessoa humana.

A transmutação dessa norma-princípio do Direito Internacional para o Direito Constitucional provocou nova revolução de conceitos e paradigmas no Estado de Direito, impondo às democracias ocidentais, sobretudo no pós-guerra, a promoção dos Direitos Fundamentais de segunda dimensão (*status positivus*) como bem material e universal, garantida através de políticas públicas que assegurem a todos a igualdade substancial.

Por fim, é a dignidade da pessoa humana, como norma-raiz de onde promana os princípios éticos do sistema jurídico ocidental, o grande alicerce da democracia contemporânea e a fonte de onde o Direito Internacional e o Nacional encontram legitimidade e racionalidade para as suas ações, seja no campo político ou jurídico. Da dignidade da pessoa humana raia todo o manancial valorativo da cultura dos povos democráticos, além de ser a célula *mater* da igualdade substancial e da não discriminação, não admitindo, sob qualquer diâmetro, retrocessos sociais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

ARRUDA, José Jobson de. **História moderna e contemporânea**. São Paulo: Ática, 1974.

COMTE, Auguste. **Discurso sobre o espírito positivo: ordem e progresso**. Trad. Walter Solon. São Paulo: Edipro, 2016.

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

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Trad. Leandro Konder. 12. ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho**. São Paulo: LTR, 2010.

GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com maquiavel: as concepções de estado em marx, engels, Lênin e Gramsci**. 15. ed. Porto Alegre: L&PM, 1998.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KEYNES, John Maynard. **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. Trad. Manuel Resende. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARX, Karl. **O capital**. ed. eletrônica, São Paulo: Boitempo, 2013.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **O manifesto comunista**. Trad. Álvaro Pina. 1. ed., São Paulo: Boitempo, 2007.

RÊGO, Humberto Henrique Costa Fernandes do. **Democracia brasileira: fortalecimento da participação popular**. Mossoró: Hamilton&Hamilton, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. 3. ed., Trad. Noberto de Paula Lima. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

MAJORAÇÃO DA REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR COMO ALTERNATIVA À MOROSIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: EFEITOS DA LEI ESTADUAL Nº 10.166/2017 NA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE MOSSORÓ-RN PARA OS CREDORES MAIORES DE 60 ANOS

.....

Hildeglênia Thaísa Ferreira de Mendonça¹
Inessa da Mota Linhares Vasconcelos²

Resumo:

O presente estudo busca analisar em que medida a majoração da Requisição de Pequeno Valor (RPV), imposta pela Lei Estadual nº 10.166/2017, vem contribuindo para diminuir a morosidade jurisdicional, em especial a postergação na satisfação do direito do credor, no âmbito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Mossoró, Rio Grande do Norte. O interesse em pesquisar sobre a temática em análise é fruto da experiência adquirida no estágio desenvolvido há quase 2 anos na 2ª Vara da Fazenda da Comarca de Mossoró/RN. Diante disso, inicialmente, procurou-se compreender os principais aspectos das Requisições de Pequeno Valor e investigar quais as mudanças trazidas pela Lei Estadual nº 10.166/2017. Em seguida, identificar quais os impactos quantitativos da majoração imposta pela referida lei na satisfação do direito do credor maior de sessenta anos, a partir dos processos da 2ª Vara da Fazenda Pública de Mossoró/RN. A pesquisa partiu de uma abordagem quali-quantitativa, utilizando-se de revisões bibliográficas, com análise da doutrina

.....

1 Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Email: hildeglenia@outlook.com

2 Doutora em Direito (UNIFOR). Mestre em Direito (UFC). Professora Adjunto IV da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Auditora Fiscal da Prefeitura de Mossoró. E-mail: inessavasconcelos@gmail.com

e jurisprudência brasileiras referentes ao tema, em especial, no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte e sua legislação específica sobre o pagamento dos débitos fazendários.

Palavras-chave: Fazenda Pública. Requisição de Pequeno Valor. Majoração. Idosos.

Abstract:

The present study seeks to analyze the extent to which the increase in Small Claims (RPV), imposed by State Law number 10.166/2017, has contributed to reduce delinquency in court, in particular delaying the satisfaction of the creditor's right, within the scope of 2nd Law Court of the District of Mossoró, Rio Grande do Norte. The interest in research on the subject under analysis is the result of the experience acquired in the stage developed almost 2 years ago in the 2nd Estate Court of the Comarca of Mossoró/RN. Therefore, it was initially sought to understand the main aspects of Small Value Requisitions and to investigate the changes brought by State Law number 10.166/2017. Next, identify the quantitative impacts of the increase imposed by said law on the satisfaction of the right of the creditor over sixty years, from the processes of the 2nd Rod of the Public Treasury of Mossoró / RN. The research was based on a qualitative and quantitative approach, using bibliographical reviews, with an analysis of the Brazilian doctrine and jurisprudence referring to the subject, especially in the scope of the State of Rio Grande do Norte and its specific legislation on the payment of the landed debts.

Keywords: Public Fund. Request for Small Value. Majority. Seniors.

INTRODUÇÃO

A execução contra a Fazenda Pública, além de matéria processual, tem alicerce no princípio da supremacia do interesse público, em virtude da proteção ao direito da coletividade. Com isso, as execuções contra as pessoas jurídicas de direito público têm procedimentos próprios, como a adaptação do pagamento dos débitos fazendários à ordem

cronológica de precatório e à obrigação de pequeno valor.

Com o trânsito em julgado das decisões, o juiz de primeiro grau encaminha o ofício requisitório ao tribunal de justiça competente para que sejam tomadas as medidas administrativas cabíveis e o crédito somado ao orçamento público subsequente para que assim sejam satisfeitos. No entanto, os créditos são submetidos a sucessivas moratórias, comprometendo a moralidade de Administração Pública.

Em face do inadimplemento fazendário, dispensou-se a requisição ao presidente do tribunal competente, inaugurando o pagamento dos débitos de “pequeno valor”. Assim, as obrigações enquadradas como RPV passaram a ser satisfeitas pelo juízo de primeiro grau, a fim de suplantar o caráter danoso do não pagamento de precatório e resgatar a efetividade da tutela jurisdicional.

O objetivo central deste trabalho é analisar em que medida a majoração da Requisição de Pequeno Valor, imposta pela Lei Estadual nº 10.166/2017, vem contribuindo para diminuir a morosidade jurisdicional, em especial a postergação na satisfação do direito do credor, no âmbito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Mossoró, Rio Grande do Norte.

Para isso, mostra-se relevante compreender os principais aspectos das Requisições de Pequeno Valor e investigar quais as mudanças trazidas pela Lei Estadual nº 10.166/2017, bem como quais os impactos quantitativos da majoração imposta pela referida lei na satisfação do direito do credor, a partir dos processos da 2ª Vara da Fazenda Pública de Mossoró/RN.

Assim, através da experiência adquirida por meio do estágio não obrigatório desenvolvido há quase 2 anos na 2ª Vara da Fazenda da Comarca de Mossoró/RN, buscou-se investigar se o pagamento dos débitos fazendários, através da Requisição de Pequeno Valor, vem cumprindo sua proposta de celeridade e simplicidade, a partir dos resultados obtidos na pesquisa, cuja observação identificará se há impactos na satisfação do direito do credor com a majoração proposta pela Lei estadual nº 10.166/2017. Ademais, delimitou-se o estudo da referida majoração nos créditos de beneficiários com mais de 60 (sessenta) anos.

A fim de alcançar os objetivos, o presente estudo partiu de uma abordagem quali-quantitativa, utilizando-se de revisões bibliográficas, com análise na doutrina e jurisprudência brasileiras referentes ao tema,

em especial, no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte e sua legislação específica sobre o pagamento dos débitos fazendários, como a Portaria nº 638/2017 do TJRN, e a Lei Estadual nº 10.166/2017, uma vez que disciplinam a expedição e o processamento das RPV's.

EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

O termo Fazenda Pública faz referência à Administração Pública, “como a área [...] que trata da gestão das finanças, bem como da fixação e implementação de políticas econômicas” (CUNHA, 2017, p. 1), intimamente conexo com as ações desenvolvidas pelo Governo.

Na seara processual, adotou-se um sentido lato, o qual visa caracterizar a atuação do Estado em Juízo, como demandante ou demandado, por meio das pessoas jurídicas de direito público, valendo-se de prerrogativas e privilégios:

A Administração Pública, quando em Juízo por qualquer de suas Entidades Estatais, por suas Autarquias, por suas Fundações Públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação de Fazenda Pública, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda. (MEIRELLES, 2016, p. 867).

Por conseguinte, através do Judiciário, busca-se a tutela e proteção às partes em litígio, em que, propiciada a pacificação da controvérsia, deve ser garantida a satisfação da tutela jurisdicional conferida na sentença condenatória, dentre outros, o direito do credor frente a obrigação do devedor.

O Estado pode atuar em juízo tanto no polo ativo quanto no polo passivo. Na posição de credor, são utilizados os ditames previstos na Lei nº. 6.830/1980, isto é, a Lei das Execuções Fiscais. Por outro lado, quando devedor, regula-se pela execução delineada pelos artigos 534 e 535 do Código de Processo Civil de 2015.

Assim, quando a Fazenda Pública se encontrar no polo passivo de uma demanda, a execução tem configurações próprias, cuja expropriação de bens não tem aplicação, visto que os bens públicos são indisponíveis,

em geral revestidos dos atributos da impenhorabilidade e limitações à alienabilidade².

Em virtude dos pagamentos feitos pela Fazenda Pública serem despendidos pelo Erário, são impostas adequações procedimentais às execuções ajuizadas contra as pessoas jurídicas de direito público, o que não se observa contra as empresas públicas e sociedades de economia mista, tendo em vista a natureza de pessoas jurídicas de direito privado. Como consequência da presença da Fazenda Pública em Juízo, tem-se a adaptação à modalidade do Precatório ou Requisição de Pequeno Valor (RPV), observando, ainda, as prerrogativas processuais e os prazos diferenciados, intensificando a burocratização.

Essa especialidade tem respaldo no princípio da supremacia do interesse público, delimitando o papel do administrador por meio da lei, cuja posição hierarquizada deve atender em primazia o bem comum, em salvaguarda ao direito da coletividade.

Nesse sentido, há uma compatibilização com o princípio da proporcionalidade e com o princípio da continuidade dos serviços públicos, uma vez que os bens públicos são preservados para a satisfação das necessidades coletivas e melhor realização do interesse comum (SANTANA; ALVES, 2015).

Como exposto anteriormente, sendo a Fazenda Pública condenada judicialmente ao pagamento de quantia certa, a execução rege-se-á pelo disposto nos artigos 534 e 535 do Código de Processo Civil de 2015, mediante pedido de cumprimento de sentença, a ser requerido pelo exequente.

No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito. (Art. 534, *caput*, CPC)

Não obstante, conforme o *caput* do artigo 100 da Constituição da

.....
2 “Não se realiza atividade típica de execução forçada, diante da impenhorabilidade dos bens pertencentes à União, Estados e Municípios. Não se procede, pois, à expropriação (via penhora e arrematação) ou transferência forçada de bens.” (THEDORO JUNIOR, 2016, p. 122)

República Federativa do Brasil (CRFB), “os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios[...]”. Por isso, os débitos fazendários fundados em título judicial ou extrajudicial, sujeitam-se à disciplina do precatório.

ORDEM CRONOLÓGICA DE APRESENTAÇÃO DOS PRECATÓRIOS

A primeira Constituição a tratar sobre os precatórios foi a de 1934, limitando a aplicação do instituto para a Fazenda Pública Federal, unificando a “precatória” ou simples requisição para o uso do termo precatório. Instalou-se, assim, por meio da disciplina constitucional, a ordem de apresentação dos precatórios.

Como forma de garantir eficácia à coisa julgada, estabeleceu-se a ordem cronológica de precatórios em relação aos débitos das pessoas jurídicas de direito público, “garantindo, com isto, uma igualdade quanto à satisfação dos créditos” (TEIXEIRA FILHO, 1992, p. 200). Segundo Lair da Silva Loureiro Filho *apud* Girardi, o precatório:

É o ato pelo qual o juiz requisita ao Presidente do Tribunal competente a ordem de pagamento à Fazenda Pública, para efetuar-lo no processo executivo, ou ainda a técnica brasileira que permite a execução contra a Fazenda Pública por visar compelir o Estado devedor a incluir no seu orçamento a verba necessária ao pagamento dos débitos decorrentes de decisão judicial (2013 p. 256).

Determinada a expedição do precatório pelo juízo, deverão ser observadas as normas contidas no artigo 100 da CRFB, em que estando instruído e assinado pelo juiz, deverá ser encaminhado ao presidente do respectivo tribunal competente.

Ato contínuo, após recebido pelo juízo de segundo grau, o requisitório é registrado, autuado e distribuído, do qual as autoridades administrativas são comunicadas para que sejam tomadas as providências cabíveis de abertura do crédito, a fim de proceder ao pagamento no exercício financeiro subsequente.

Em regra, para que isso ocorra, o Instrumento Requisitório deve ser inscrito até o dia 1º de julho, para que seja o montante devido inserido no orçamento posteriormente aprovado, fazendo-se o pagamento até o final do exercício financeiro seguinte, quando o crédito terá o seu valor corrigido monetariamente, como versa o §5º artigo 100 da CRFB.

De acordo com a Súmula 311 do Superior Tribunal de Justiça, “os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional”. Em razão disso, e devido ao caráter meramente administrativo da atuação do presidente do tribunal, caso existam pendências ou omissões no requisitório, deverá ser determinado o retorno dos autos ao juízo da execução caso haja qualquer inexatidão a ser resolvida.

Vale salientar que também se encontra definido no artigo 100 da CRFB a ordem de preferência para o pagamento do precatório:

Art. 100 § 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

Tal preferência sofre exceção quando os beneficiários forem os referidos no §2º da supracitada norma, ou seja, credores que tenham 60 (sessenta) anos de idade, ou sejam portadores de doença grave, ou sejam pessoas com deficiência, na data da expedição do precatório.

Não obstante, a situação da dívida pública é desafiadora, uma vez que os precatórios se encontram quase impagáveis, em desatenção a efetividade processual (GIRARDI, 2013), como se pode observar nas sucessivas moratórias através das Emendas protelatórias, ampliando o prazo para o total pagamento do requisitório após sua inserção no orçamento

Apesar de reconhecido o direito subjetivo e consagrado com o trânsito em julgado, contudo, “o procedimento estabelecido em lei para fazer valer o crédito assim constituído é despido das garantias constitu-

cionais de efetividade e até de tempestividade[...]” (MACEDO; CARVALHO, 2014, p. 31).

Nesse sentido, o princípio da duração razoável do processo é violado através da não satisfação da tutela jurisdicional, em que os processos terminam, mas as obrigações não são cumpridas:

Não obstante a morosidade no trâmite processual das demandas contra a Fazenda Pública, o credor ainda fica sujeito a outra espécie de obstaculização à satisfação do seu direito judicialmente reconhecido, estendendo ainda mais a discussão judicial, agora quanto ao crédito/débito, o que importa em violação ao princípio da duração razoável do processo (GIRARDI, 2013, p. 19).

Ainda, como se “não bastasse a demora no trâmite processual, [...] se tem a demora de o Estado ter orçamento para fazer face ao pagamento do precatório” (COUTINHO, 2017, p. 68), o que se configura como um desrespeito à dignidade da pessoa humana, visto que, em geral, os precatórios são de natureza alimentar.

Dessa forma, como alternativa à morosidade fazendária, instituiu-se a modalidade de Pequeno Valor, cuja satisfação do direito do credor é entregue pelo próprio juízo da execução, mediante alvará e sequestro de valores, quando cabível, dispensando a requisição ao presidente do respectivo tribunal.

REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR: ALTERNATIVA FRENTE À MOROSIDADE FAZENDÁRIA

Em razão da garantia do processo e atenção a segurança jurídica, “do princípio do Estado do Direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito” (CANOTILHO, 2013, p. 274).

Assim, como consequência do princípio fundamental à prestação jurisdicional, é dever do Estado a edição de procedimentos que tenham como objetivo a efetiva realização dos direitos fundamentais, proporcionando às partes uma devida e satisfatória execução da tutela

reconhecida:

Deste modo, tanto o juiz quanto o legislador estão obrigados a aplicar/criar a técnica processual apropriada a cada direito material tutelado (aqui se percebe uma reaproximação do direito processual ao material), sempre almejando a efetividade da prestação jurisdicional, daí se inferindo que o acesso à Justiça não pode mais ser visto apenas como o direito à resolução da lide[...] (MACEDO; CARVALHO, 2014, p. 27).

Com isso, viu-se que a falta de perspectiva na liquidação dos débitos pela Fazenda Pública, alimentada pelas sucessivas moratórias e postergação dos pagamentos, corrompiam a entrega da satisfação da tutela ao credor/vencedor, em benefício de maus administradores.

Cumprir verificar que a sistemática do precatório é um procedimento moroso e danoso ao direito do credor, na tentativa de tutelar os interesses do devedor em ofensa ao direito líquido e certo do particular. Como alternativa, buscou-se institucionalizar a RPV como um instrumento mais ágil, em atenção aos direitos humanos dos credores.

Dessa forma, com o objetivo de conferir celeridade à efetividade das execuções contra a Fazenda Pública, a partir da alteração promovida no artigo 100 da CRFB, por meio da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, dispensou-se a expedição do precatório, inaugurando a modalidade de Pequeno Valor.

Estabeleceu-se a Requisição de Pequeno Valor, afastando a necessidade de inclusão do crédito em orçamento, bem como a requisição ao tribunal competente. Com isso, o pagamento realizar-se-á diretamente pelo juízo da execução (de primeiro grau), como alternativa à problemática do pagamento dos precatórios e resgate da moralidade da Administração Pública.

Oportuno destacar que o objetivo da RPV coaduna com os ditames processuais do devido processo legal e da efetividade, a fim de promover “[...] em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, conforme art. 4º do CPC, caracterizado como direito das partes.

Nesse diapasão, tem-se como de “Pequeno Valor” a requisição cujo pagamento dar-se-á em até 60 dias contados da intimação do ente devedor, nos moldes do art. 535 § 3º, inciso II, do CPC:

II - por ordem do juiz, dirigida à autoridade na pessoa de quem o ente público foi citado para o processo, o pagamento de obrigação de pequeno valor será realizado no prazo de 2 (dois) meses contado da entrega da requisição, mediante depósito na agência de banco oficial mais próxima da residência do exequente.

Decorrido o aludido prazo sem o devido pagamento, restará o juiz autorizado a determinar o sequestro dos valores necessários ao adimplemento do débito da Requisição de Pequeno Valor, dispensada a oitiva da Fazenda Pública e com incidência de juros moratórios.

Para fins de enquadramento na modalidade, o valor mínimo da RPV deve ser “igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social”, conforme estabelecido pelo §4º do artigo 100 da CRFB. Ademais, ainda em observância ao referido §4º, “poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas [...]”, porém, enquanto não fixado o limite, adotar-se-á as regras contidas nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias:

[...] Serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a: I - quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal; II - trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios (Art. 87 dos ADCT).

Tal fixação pode ser encontrada em especial na Lei estadual nº 10.166 de 2017, do Estado do Rio Grande do Norte, que tem como limite para modalidade de Pequeno Valor 20 (vinte) salários-mínimos, quando o devedor for a Fazenda do Estado do Rio Grande do Norte, suas Autarquias ou Fundações, ou 60 (sessenta) salários-mínimos para os credores maiores de 60 (sessenta), cuja especificidade será abordada com mais detalhes adiante.

REFLEXOS NA SATISFAÇÃO DO DIREITO DO CREDOR COM MAIS DE 60 (SESSENTA) ANOS

De forma inovadora, a CRFB de 1988 dedicou-se a tratar em seu texto sobre a proteção às pessoas idosas, em defesa da dignidade, do bem-estar, do direito à vida e amparo à velhice, visto que “até então, o que existia no país eram medidas e ações pontuais, destinadas aos idosos mais carentes. As intervenções realizadas tinham cunho meramente assistencial, conferindo caráter de favor e não de direito.” (SILVA *apud* SOUZA, 2016, p. 29).

Nos termos da Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994) e do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), intitula-se como pessoa idosa aquela que possui idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

No entanto, “a idade e o processo de envelhecimento possuem outras dimensões e significados que extrapolam as dimensões da idade cronológica” (SCHNEIDER; IRIGARAY, 2008, p. 586), é um processo natural e particular de cada indivíduo, agregado com o declínio das funções físicas, emocionais e funcionais, influenciado pelos momentos históricos e culturais vivenciados.

Diante disso, e com base no artigo 230 da CRFB, a proteção à pessoa idosa é dever do Estado, da família e da sociedade, cuja “velhice digna é um direito humano fundamental, porque expressão do direito à vida com dignidade” (ALCÂNTARA, s/a, p. 359):

A implantação das Políticas do Idoso deve se dar por ações integradas e parcerias entre o poder público e a sociedade civil. A política rege como princípio a família, a sociedade e o Estado como dever de assegurar ao idoso, todos os direitos de cidadania, defendendo sua dignidade, seu bem estar, direito à vida e participação na comunidade (LOPES, 2013, p. 40).

Em atenção à vulnerabilidade da pessoa com mais de 60 (sessenta) anos e em busca de sua proteção social, estabeleceu-se, através

da Lei estadual nº 10.166/2017, a majoração do teto das Requisições de Pequeno Valor, em desfavor do Estado do Rio Grande do Norte, suas autarquias e fundações públicas, quando os beneficiários forem pessoas daquele segmento.

EFEITOS DA LEI ESTADUAL Nº 10.166/2017 NA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE MOSSORÓ/RN

No âmbito do Estado do Rio Grande do Norte, estão definidos a expedição e o processamento das RPVs por meio da Portaria nº 638, de 04 a abril de 2017, do respectivo Tribunal de Justiça, em que os requisitórios tramitarão nos autos dos processos principais, uma vez que serão pagos pelo juízo de 1º grau, conforme seu artigo 1º:

Art. 1º. A expedição das requisições de pagamento das obrigações de pequeno valor (RPV's) contra as Fazendas Públicas Federal (competência originária), Estadual e Municipal é de competência do próprio juízo da execução/cumprimento de sentença, com o processamento nos autos principais, independentemente de remessa a esta Presidência ou Tribunal.

Nos termos da Lei estadual nº 10.166, de fevereiro de 2017, em seu artigo 1º, tem-se como limite, para fins de obrigações de pequeno valor, “a serem pagas independentemente de precatório pela Fazenda do Estado do Rio Grande do Norte, suas Autarquias e Fundações, [...] o valor correspondente a vinte (20) salários mínimos”.

Ademais, para as requisições que tenham como beneficiário pessoa maior de 60 anos ou portadora de doença grave, a referida lei estabeleceu um limite maior, porém, a majoração para os credores portadores de doença grave não é objeto deste trabalho:

I – sessenta (60) salários mínimos quando os beneficiários, na data da ordem da expedição da requisição, contarem mais sessenta (60) anos de idade ou que sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei.

Com isso e em observância aos direitos humanos dos credores, protegeu-se, de forma especial, aqueles que se encontram em condição peculiar de fragilidade e vulnerabilidade, merecedores de cuidados.

Subsidiada pelo princípio da dignidade da pessoa humana e atenção à reduzida capacidade laborativa da pessoa idosa, a aludida majoração configura-se como valorização e promoção ao direito do idoso e acolhimento às suas necessidades básicas, cuja proteção é um dever social.

Verifica-se, ainda, como afirmação do princípio da prioridade do idoso:

Que determina a inserção da pessoa idosa em posição jurídica de prioridade em toda e qualquer situação em que esteja envolvida, tanto no âmbito público quanto no privado. O mais relevante é que ocorra a supressão da vulnerabilidade, para que seja restabelecida a igualdade substancial (TEIXEIRA; PENALVA *apud* BOMTEMPO, 2014, p. 645).

Não obstante, no âmbito do acesso à justiça, “é assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância”, conforme artigo 71 do Estatuto do Idoso.

Em decorrência, observa-se o respeito a uma vida digna, “[...] interpretada como aquela voltada à total proteção da pessoa com o fim não só de torná-la, mas de mantê-la digna garantindo sua integridade física, psicológica e moral” (LUCENA, 2016, p. 6), desde a concepção até a velhice.

A referida interferência pôde ser observada através da análise de 42 RPVs expedidas pela 2ª Vara da Fazenda Pública de Mossoró/RN, cujo executado é a Fazenda Pública Estadual³, das quais, 11 sofreram a majoração do teto para 60 (sessenta) salários mínimos, imposta pela Lei estadual nº 10.166/2017, em virtude de os credores serem pessoas idosas.

Infere-se que a majoração imposta pela supracitada lei estadual

.....
3 Representada pelo Estado do Rio Grande do Norte, como pessoa jurídica de direito público interno, suas Autarquias e Fundações Públicas, como a Universidade do Estado do Rio Grande do Norte ou o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado do RN.

possibilitou às pessoas idosas o gozo da satisfação do seu direito, uma vez que se não houvesse a majoração, seus créditos seriam encaminhados a ordem cronológica de precatórios e submetidos às moratórias, ao descaso da Administração Pública e à escassa perspectiva de recebimento dos valores.

Tal descaso resta comprovado pela lista cronológica disponibilizada pelo TJRN através do Diário de Justiça Eletrônico, em março do corrente ano, em que ainda se encontravam pendentes centenas de processos relativos ao orçamento de 2012, além de 573 prioridades, relativas ao orçamento dos anos de 2013 a 2018.

Dessa forma, como dito anteriormente, o precatório viola o princípio da duração razoável do processo, uma vez que não é entregue a satisfação da tutela jurisdicional, devido ao inadimplemento fazendário, em desrespeito ao direito do credor.

Por isso, pode-se considerar ainda a majoração como uma materialização da política de atenção ao idoso⁴, com base no artigo 1º da Política Nacional do Idoso que “tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade”.

Em vista disso, fica em evidência a atenção específica à população idosa e a preocupação em viabilizar o exercício dos direitos assegurados e estímulo a participação efetiva e integração na sociedade, além de promover longevidade com qualidade de vida, uma vez que a majoração possibilita ao beneficiário maior de 60 (sessenta) anos acesso e usufruto de seu crédito.

Nesse sentido, em garantia aos direitos da pessoa idosa e atenção especial a essa parcela crescente da população⁵, há a promoção de sua independência e “inserção social”, em reconhecimento de sua cidadania⁶ decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana.

4 Assim, as políticas públicas estão relacionadas às ações e às estratégias de um governo para intervir na coletividade, por meio da valorização da cidadania e dos direitos civis.

5 Em 2012, a população com 60 anos ou mais era de 25,4 milhões. Os 4,8 milhões de novos idosos em cinco anos correspondem a um crescimento de 18% desse grupo etário, que tem se tornado cada vez mais representativo no Brasil. As mulheres são maioria expressiva nesse grupo, com 16,9 milhões (56% dos idosos), enquanto os homens idosos são 13,3 milhões (44% do grupo).

6 Observa-se que “a cidadania se dá pela condição social que confere ao indivíduo, a capacidade de usufruir de direitos que lhes permitem participar da vida política e social da comunidade pelo qual está inserido”, visto como direito da pessoa idosa (LOPES, 2013, p. 36).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do estudo sobre a execução contra a Fazenda Pública e a sistemática singular dos pagamentos de seus débitos, pôde-se compreender os principais aspectos das Requisições de Pequeno Valor e analisar quais as mudanças trazidas pela Lei Estadual nº 10.166/2017.

Destarte, partiu-se da análise do conceito da Fazenda Pública e suas prerrogativas, especialmente na seara da execução e pagamento dos débitos fazendários, através das considerações doutrinárias e jurisprudenciais acerca da ordem cronológica de precatórios e das requisições de pequeno valor. Além disso, verificou-se as particularidades dessa temática no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte.

Observou-se que por intermédio da modalidade de “Pequeno Valor” houve um resgate da moralidade da Administração Pública, vilipendiada pela tolerância e impunidade do inadimplemento dos precatórios sob o argumento da conveniência administrativa.

Por meio da análise dos processos, foi possível perceber a materialização do princípio da prioridade do direito do idoso como política pública, através da majoração imposta pela Lei Estadual nº 10.166/2017, em atenção à condição de vulnerabilidade da pessoa idosa, garantindo-lhe proteção especial.

Dessa forma, compreendeu-se a referida majoração como um engajamento dos órgãos públicos para promover a integração social do idoso, através da valorização desse segmento, em respeito a sua dignidade e condição de fragilidade, mas a priori o respeito enquanto ser humano.

Por fim, é dever do Estado fornecer os meios para o cumprimento efetivo da satisfação da tutela jurisdicional, em atenção aos direitos fundamentais dos credores/vencedores, a efetividade jurisdicional e a duração razoável do processo, conexos com o direito de acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÂNTARA, Alexandre de Oliveira. **Da Política Nacional do Idoso ao Estatuto do Idoso**: a difícil construção de um sistema de garantias de direitos da pessoa idosa. Disponível em: <http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/161006_livro_politica_nacional_idosos_capitulo14.pdf> Acesso em: 27 de jul. de 2018.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Revisitando o Estatuto do Idoso na perspectiva do Estado Democrático de Direito. **Estud. interdiscipl. envelhec.**, Porto Alegre, v. 19, n. 3, p. 639-653, 2014. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/RevEnvelhecer/article/view/47231/33277>> Acesso em: 05 de ago. de 2018.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 de jul. de 2018.

_____. **Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8842.htm>. Acesso em: 03 de ago. de 2018.

_____. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm> Acesso em: 27 de jul. de 2018.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em 09 de jul. de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 311. Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>> Acesso em 05 de ago. de 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed, 14ª reimp. Almedina, 2003.

COUTINHO, Pedro Nelson de Miranda. **Dos precatórios**: estudo jurídico da sua efetividade como direito de cidadania e a institucionalização na construção social dos direitos humanos. 68 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Tocantis, Palmas, 2017. Disponível

em: <<http://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/865/1/Pedro%20Nelson%20de%20Miranda%20Coutinho%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>> Acesso em: 24 de jul. de 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14. ed. rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GIRARDI, Christian Luis de Oliveira. **Precatórios: a inconstitucionalidade da ec 62/2009, a esterilização do acesso à justiça e a ineficácia das Execuções contra a Fazenda Pública**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/christian_girardi.pdf> Acesso em: 10 de jul. de 2018.

LOPES, Aldcelly Montenegro Pereira. **Os direitos da população idosa e a efetivação da política e sistema de proteção: a realidade do município de Natal/RN**. 40 f. Monografia (Bacharelado em Serviço Social) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2013. Disponível em: <https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/4348/1/AldcellyMPL_Monografia.pdf> Acesso em: 04 de ago. de 2018.

LUCENA, Beatriz Emília Dantas de. **Direito do idoso ao transporte: uma análise à luz da Constituição Federal, Estatuto do Idoso, Decreto 5.934/061**. 6 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2016. Disponível em: <https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/3498/3/Direito%20do%20idoso%20ao%20transporte_TCC_Lucena.pdf> Acesso em: 04 de ago. de 2018.

MACEDO, Elaine Harzheim; CARVALHO, Fabrício de Farias. A execução por quantia certa contra a Fazenda Pública à luz do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional. **Direito e Democracia, v.15, n.2, jul./dez. 2014**. Disponível: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11437/2/A_execucao_por_quantia_certa_contra_a_Fazenda_Publica_a_luz_do_direito_fundamental_a_efetividade_da_tutela_jurisdicional.pdf> Acesso em 09 de ago. de 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed - São Paulo: Malheiros, 2016.

RIO GRANDE DO NORTE (Estado). **Lei nº 10.166, de 21 de fevereiro de 2017**. Altera a Lei nº 8.428, de 23 de novembro de 2003 nos termos que especifica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.al.rn.gov.br/portal/_ups/legislacao/2017/03/16/36e403c5652ca91b-031dc496dee965b0.pdf> Acesso em: 06 de jun. de 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Portaria nº 638, de 04 de abril de 2017. Dispõe sobre a expedição e o processamento das requisições de pagamento das obrigações de pequeno valor (RPV's) no âmbito do Poder Judiciário do Rio Grande do Norte e dá outras providências. **Diário de Justiça Eletrônico**. Poder Judiciário, Natal, 2017. Disponível em: <www.tjrn.jus.br/index.php/legislacao/doc_download/2074-portaria-n-638-2017-tj> Acesso em 30 de out. de 2018.

SANTANNA, Gustavo da Silva; ALVES, Ramon Pinto. O regime de precatórios e o (des)interesse (público) no seu pagamento. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol. 3, n. 1, p. 217-234, 2016. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/104506/107853>> Acesso em: 10 de jul. de 2018.

SCHNEIDER, Rodolfo Herberto; IRIGARAY, Tatiana Quarti. O envelhecimento na atualidade: aspectos cronológicos, biológicos, psicológicos e sociais. **Estudos de Psicologia**. Campinas I 25(4) I 585-593 I outubro - dezembro 2008. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/estpsi/v25n4/a13v25n4.pdf>> Acessado em: 30 de out. de 2018.

SOUZA, Maria do Ó Moraes de. **Inserção social e qualidade de vida dos idosos**: um olhar sobre as práticas do grupo de convivência social de idosos ativa idade da cidade de Serra Negra do Norte-RN. 29 f. Monografia (Licenciatura em Pedagogia) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Caicó, 2016. Disponível em: <https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/2471/3/Inser%C3%A7%C3%A3o%20social%20e%20qualidade_Monografia_Souza.pdf> Acesso em: 04 de ago. de 2018.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Execução no Processo do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr Editora, 1992.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – vol. III**. 47. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016

Educação e responsabilidade civil do estado ante o novo regime fiscal

.....

Ianara Maressa Macedo da Rocha¹

Rosimeiry Florêncio de Queiroz Rodrigues²

Resumo:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) evidenciou a preocupação do constituinte originário em determinar a atuação da Administração Pública em prol da Justiça Social, colocando a educação no rol dos direitos e garantias fundamentais. Contudo, desde o ano de 2013, em face de uma crise fiscal e econômica no país, uma série de privações e mudanças afetou consideravelmente as contas públicas, desencadeando na proposição de medidas que restringem esse direito. Nesse sentido, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 95 de 2016, também chamada de o Novo Regime Fiscal (NRF), que, em suma, congela os gastos públicos por vinte exercícios financeiros. Considerando a progressividade do custeio na educação, estabelecida pelo artigo 214, inciso VI, da CRFB/88, esse trabalho visa analisar as implicações da estagnação do orçamento público, sem prévio levantamento das prioridades do povo (art. 1º, parágrafo único, CRFB/88), sob a ótica da Responsabilidade Civil.

.....

1 Graduanda em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).
2 Professora do curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Direito à Educação. New Tax Regime.

Abstract:

The Federative Constitution of the Brazil's Republic of 1988 (CRFB/88) highlighted the concern of the original constituent in determining the performance of the Public Administration in favor of Social Justice, placing education in the role of fundamental rights and guarantees. However, since the year 2013, in the face of a fiscal and economic crisis in the country, a series of deprivations and significantly affected public accounts, triggering measures to restrict this right. In this sense, the Constitutional Amendment nº 95 of 2016 was approved, also called the New Tax Regime, whereas, in sum, freezes public spending for twenty financial years. Considering the progressive nature of education, established by article 214, item VI, CRFB / 88 this paper aims to analyze the implications of the stagnation of the public budget, without prior survey of the people's priorities (article 1, sole paragraph, CRFB / 88), from the point of view of Civil Liability.

Keywords: Civil Responsibility. Right to education

INTRODUÇÃO

O artigo 214 da Constituição da República demonstra a forte preocupação do constituinte originário em implementar uma educação fundamental de qualidade no Brasil, também evidenciado através do Plano Nacional de Educação, que busca a efetivação do direito social à educação por meio de metas e estratégias.

Mesmo diante dessa luta por uma educação de qualidade, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 95/2016, intitulada de “Novo Regime Fiscal”, com o objetivo de congelar os gastos públicos por vinte exercícios financeiros. Com isso, amplia-se a dificuldade de implementação do direito à educação, que passa agora a correr sério risco de estagnação, quem sabe até retrocesso, tendo como parâmetro um padrão mínimo de qualidade da educação (PINTO, et al., 2016).

Não se propõe aqui discutir a necessidade ou não do ajuste fiscal, mas os termos em que ele se deu, sem a necessária consulta à sociedade. O que se confere na realidade é que o congelamento das contas, na forma em que se encontram os orçamentos, não permite discussões que elenquem as prioridades de um Estado Democrático de Direito pautado no princípio da dignidade humana.

Essa pesquisa objetiva levantar os efeitos da responsabilidade civil do Estado frente ao congelamento do teto orçamentário previsto para a educação, considerada sucateada historicamente, bem como novas formas de interpretação das normas, à luz de uma proposta neoconstitucionalista do ordenamento jurídico brasileiro.

Busca-se, portanto, uma análise da responsabilidade civil do Estado decorrente das restrições orçamentárias em desfavor da educação ante a manutenção de outros gastos públicos que não refletem diretamente em benefícios para a população.

Em face disso, trata-se de uma pesquisa exploratória uma vez que se busca o estudo da Responsabilidade Civil do Estado frente aos desdobramentos do Novo Regime Fiscal sobre o setor da educação, analisando e interpretando os dados do Governo Federal e as informações veiculadas pela mídia, com o intuito de levantar questionamentos na relação de causalidade entre a postura estatal e o ensino público, possibilitando uma maior familiaridade com o problema (GIL, 2010).

Para tanto, foi utilizado o método dialético. Pois, a pesquisa se propõe a uma análise crítica do seu objeto de estudo, observando os atos governamentais sobre o Novo Regime Fiscal e seu resultado para a educação. É focado na troca de percepções, no caso, da dogmática jurídica com a realidade fática, cujo embate gera outros olhares sobre o corte dos gastos do setor educacional e o quadro da responsabilidade do Estado com a implantação do Novo Regime.

Quanto à técnica, esse trabalho consistiu em pesquisa bibliográfica e documental, tendo em vista a necessidade de consolidação dos argumentos teóricos, com embasamento na importância da justiça social e na responsabilidade do Estado, não apenas com um equilíbrio orçamentário, mas principalmente com um orçamento que tenha coerência social, tudo isso a partir de uma análise prática com o auxílio de levantamento de dados do Governo.

O NOVO REGIME FISCAL

A Emenda Constitucional nº 95/2016 instituiu o “Novo Regime Fiscal”, com o acréscimo dos artigos 106 a 114 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Foi motivada fortemente pela crise fiscal que acomete o Estado Brasileiro afetando-o de forma mais severa desde 2013 (PINTO et al., 2016) e pensado como um novo caminho para o equilíbrio orçamentário das contas públicas.

Essa Emenda congela os gastos públicos de todos os Poderes, setores, órgãos e esferas públicas por vinte exercícios financeiros, estabelecendo ainda o limite de despesa primária do exercício seguinte de acordo com o exercício anterior corrigido pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). Por outro lado, a receita seguirá o crescimento econômico, gerando um superávit primário capaz de abater a dívida pública e de enxugar a máquina estatal, tornando o custo com o Governo menor ao longo dos anos (LIMA, 2017).

Nesse contexto, o estabelecimento do limite de despesa sem a alocação central e eficiente dos recursos públicos gera uma corrida intensa dos variados setores para conseguir a maior quantidade de investimentos para si, o que acaba por prejudicar setores já não muito priorizados historicamente pelo Governo (LIMA, 2017).

Cumprir destacar, a título exemplificativo, a Medida Provisória nº 816/2017, que previa a criação de três cargos em comissão para compor os conselhos de supervisão dos regimes de recuperação fiscal dos estados e do Distrito Federal, assim como o aumento aprovado de 16,38% (dezesseis inteiros e trinta e oito décimos por cento) dos ministros do Supremo Tribunal Federal, além do corte tanto na educação como na saúde para subsidiar o preço do diesel após a greve dos caminhoneiros em maio desse ano.

Tais comportamentos, por conseguinte, demonstram uma clara despreocupação do Estado com os seus deveres constitucionais e a sua contradição entre crise para o “Terceiro Estado” em prol do luxo da “velha aristocracia” (BONAVIDES, 2012). Por isso, o Novo Regime tem sido criticado por diversos elementos que estabelece em seu texto.

A vigência é uma delas. O artigo 106 estabelece que a EC nº 95/16 prevalecerá por vinte exercícios financeiros, podendo o Chefe do

Executivo da República, de acordo com o artigo 108 do ADCT, propor projeto de lei complementar por mandato presidencial para mudar o instituído pela emenda, a contar do décimo exercício.

A despesa também teve um limite individualizado por poder, individualizando ainda alguns órgãos pertencentes a cada poder, conforme artigo 107 do ADCT (CRFB, 1988):

Art. 107. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias:

I - do Poder Executivo;

II - do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, da Justiça do Trabalho, da Justiça Federal, da Justiça Militar da União, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Distrito Federal e Territórios, no âmbito do Poder Judiciário;

III - do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Tribunal de Contas da União, no âmbito do Poder Legislativo;

IV - do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público; e

V - da Defensoria Pública da União.

§ 1º Cada um dos limites a que se refere o caput deste artigo equivalerá:

I - para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento); e

II - para os exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária.

Não se vislumbra na redação a individualização de despesa para os Tribunais Superiores Eleitoral e do Trabalho, devendo eles dividirem seu orçamento com as demais ramificações do seu setor. A mesma individualização passou a ter o Ministério Público da União (MPU), pois deverá discutir a divisão do limite estabelecido entre os seus componentes, Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho e Ministério Público Militar.

Por outro lado, o NRF estampou a autonomia de outros entes ao individualizar seus orçamentos, como o Tribunal de Contas da União e

a Defensoria Pública da União. É possível ainda aumentar o limite estabelecido de gastos dos órgãos e poderes, nos três exercícios financeiros subsequentes, limitados à 0,25% a mais do orçamento do Poder Executivo, segundo preconiza os § 7º e § 8º do artigo 107.

Essa possibilidade reflete a negociação de barganha feita para que a Emenda fosse aprovada, além de estimular uma corrida entre os poderes para uma alocação de recursos favorável a si. É o que se vê no artigo 107 § 9º do ADCT, cuja redação permite a compensação financeira entre órgãos e integrantes do mesmo poder.

Quanto ao reajuste orçamentário, definiu que o ano de 2017 utilizaria a despesa primária paga em 2016 com correção de 7,2% e os exercícios financeiros seguintes utilizariam o montante destinado ao exercício imediatamente anterior, com correção do valor pelo IPCA.

O NRF demonstrou rigidez em alguns pontos, porém, deixou outros de fora. É o caso dos créditos extraordinários, previstos na CRFB/88, em seu artigo 167, § 3º, para “atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública”. A questão é que a abstração de sua redação deu aos governos a possibilidade de contornar a EC nº 95/16 para que abram crédito extraordinário a ser utilizado, por exemplo, em publicidade institucional³. A mídia tem contribuído muito no aspecto de desmascarar essa postura incoerente adotada pelo governo, de forma que após a promulgação do NRF, o governo federal, até setembro de 2017, havia reduzido o gasto com despesas totais, mas havia aumentado a sua despesa com pessoal (TREVIZAN, 2017).

Também merece destaque a aprovação da Lei nº 13.528/2017 pelo Congresso Nacional. Essa lei abriu crédito ao Governo de forma suplementar, no valor de R\$ 6,9 bilhões de reais, com R\$ 99 milhões desse montante destinado à propaganda da Reforma da Previdência.

Biasoto, professor da Unicamp, disse em entrevista ao jornal eletrônico G1 que as escolhas do governo não foram feitas da forma correta. Ele diz que “a trava não foi feita com reorganização. É óbvio que é viável reorganizar o gasto e entregar o mesmo serviço com despesa menor. Mas o governo não tem feito isso, está simples-

.....
3 Medida Provisória nº 772 (2016).

mente estancando o gasto” (TREVIZAN, 2017, s/p). Ou seja, falta uma organização eficiente dos gastos, feita com base nas necessidades da população e, só após atendidos esses preceitos, passarem ao corte de despesa com direitos fundamentais, como a educação.

Nesse sentido, percebe-se que foi dado índice de correção diferenciado para saúde e educação no primeiro ano de vigência da norma, porém, passa a seguir a correção padrão após esse ano, conforme o artigo 110 do ADCT:

Art. 110. Na vigência do Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino equivalerão:

I - no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 e do caput do art. 212, da Constituição Federal; e

II - nos exercícios posteriores, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Assim, o ano de 2018 foi o primeiro a não mais dever obediência ao mínimo constitucional estabelecido para a educação no artigo 212 da Constituição Federal, mediante a justificativa de que manter esses limites traria prejuízo ao orçamento dos demais órgãos e poderes, comprimindo-os.

Contudo, quem está se inviabilizando enquanto setor essencial ao desenvolvimento econômico, histórico e cultural da sociedade é a educação pública. À exemplo, os municípios do estado do Rio Grande do Norte têm fechado escolas devido à crise financeira em que se encontram⁴. Outras escolas estão sendo interditadas⁵ por falta de estrutura, entre outros exemplos.

Diante disso, com uma atuação estatal que prejudica, sucateia e marginaliza cada vez mais a educação pública brasileira, verificou-se a necessidade de se pensar a responsabilidade civil do Estado quanto aos

4 Notícia veiculada no Jornal Eletrônico Mossoró Hoje, em 14 de dezembro de 2018.

5 Notícia sobre interdição da Escola Estadual Governador Dix-Sept Rosado na cidade de Mossoró/RN, do mesmo jornal e data.

danos ocasionados pela insuficiência de recursos, após a EC nº 95/16, a serem destinados à educação, direito fundamental social, a quem o constituinte originário de 1988 evidenciou preocupação, ao estabelecer pelo menos 10 artigos voltados à sua implementação, além das diretrizes estabelecidas pelo Plano Nacional de Educação.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO ANTE OS EFEITOS DO CONGELAMENTO DE GASTOS NA EDUCAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconhece expressamente em seu texto o direito à educação como um direito fundamental. Ela designa ao Estado, junto a família e a sociedade em regime de colaboração, a tarefa de efetivação desse direito com o objetivo de atender ao previsto no artigo 3º da CRFB/88, desenvolvendo uma sociedade solidária, livre e justa (RIBEIRO, 2015).

Os entes federados devem organizar os seus sistemas educacionais visando um regime de colaboração entre eles, conforme prevê o artigo 211 da CRFB/88. Além disso, devido à importância dada ao tema, a Constituição só permite a vinculação de receita tributária, de forma excepcional (art. 167, IV), pois, é um serviço essencial e como tal se vincula à existência *per si* do Estado, sendo vedada a renúncia por parte dele.

Ribeiro (2015) reforça que a educação é uma função pública imediata, sendo uma obrigação que tanto pode ter iniciativa pública como privada, pelo próprio modelo capitalista adotado no Brasil (art. 170 da CRFB/88). O autor defende ainda que, respeitada a orientação do artigo 209 da Constituição, abrir a possibilidade de atuação no ensino pelo setor privado é dar mais opções para os titulares do direito à educação, tendo em vista que o Estado não detém a capacidade de atender a essa demanda por completo.

O setor privado de educação não é objeto dessa pesquisa, mas é importante esclarecer que a colaboração entre instituições públicas e privadas, nessa situação, não diminui a relevância da função estatal na educação, até porque o serviço a ser prestado deve ser de qualidade em

ambas as searas e exigido por todos, já que se trata de direito público subjetivo, dentro do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

A questão é que, no ensino público, pode-se fazer uso até de multa, sob o regime de precatórios, em caso de desatendimento à comando judicial que vise efetivar o direito à educação (CUNHA, 2014), cabendo ao juiz ainda a determinação de “providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”, de acordo com o art. 497 do Código de Processo Civil de 2015. Contudo, é importante pensar até que ponto essas medidas de cunho repressivo têm tido efetividade na obtenção desse direito, com tantos privilégios e prerrogativas inerentes à Fazenda Pública.

Considerando o Estado atualmente como sujeito de direitos, é plenamente cabível a sua responsabilização nesse aspecto, sendo ela entendida, nesse caso, como sendo a obrigação advinda da responsabilidade extracontratual do Estado, que deve “reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos” (MELLO, 2009, p. 982).

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 estabelece a responsabilidade civil do Estado no art. 37, § 6º, adotando-se a teoria da responsabilidade civil objetiva, preferindo a subjetiva apenas nos danos decorrentes da omissão, segundo entendimento da doutrina e jurisprudência majoritária (BARRETO, 2016).

Nessa perspectiva, importante lembrar dos deveres estatais para com a sociedade, fixados no sistema normativo brasileiro, a exemplo do artigo 205 da CRFB/88, cujo texto estabelece a educação como direito de todos e dever do Estado, assim como o artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o artigo 2º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional que oferecem à criança e ao adolescente o direito à educação com o fim de prepará-los para o exercício da cidadania, bem como qualificá-los para o trabalho.

Registre-se, por oportuno, que tais normas se dirigem tanto à garantia formal de vaga nas escolas públicas, quanto e mais ainda para garantia material da prestação do serviço educacional de qualidade, universal e isonômico de oportunidades para todos. Vale destacar que a “oferta regular de ensino não se resume à quantidade de vagas na escola, mas

também pressupõe sua qualidade e equidade” (PINTO, *et. al.*, 2016).

Muito embora o artigo 211, §§ 1º e 4º da CRFB/88 estabeleça a cooperação entre os entes públicos para a prestação da educação, as escolas públicas – em sentido amplo do termo – têm-se deparado com a injustificável mora da União nesses quase 30 (trinta) anos da Promulgação da Carta Constitucional em determinar o que seria um “padrão mínimo de qualidade”, como bem alude o artigo 206, inciso VII da CRFB/88 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) em seus artigos 4º, inciso IX, e 74 a 76.

Logo, o que se percebe é a inércia da União em atuar na sua responsabilidade enquanto esfera federal de distribuição de recursos e fiscalização no contexto da educação, tornando os pressupostos de qualidade e equidade do ensino perspectivas meramente semânticas.

Nesse sentido, ocorrendo a inobservância Estatal de sua obrigação constitucional no tocante à garantia do direito fundamental à educação, a análise da ineficiência do Estado em contemplar esse direito é medida que se impõe.

Não obstante a ausência de definição sobre um padrão de qualidade educacional, com fundamento no artigo 206, inciso VII, da CRFB/88, todos os entes federados são responsáveis pelo ensino de qualidade, cada um na sua esfera específica, sem olvidar esforços de cooperação entre eles quando necessário.

Portanto, inobservados esses deveres normativos quanto à prestação do serviço educacional, verifica-se possível a existência de dano com relevância jurídica oriunda de omissões ou ações estatais que dificultam ou até mesmo impedem o acesso dos cidadãos a um padrão mínimo de qualidade da educação, dando direito à responsabilização civil do Estado.

Vê-se assim tanto pelo quadro caótico em que vive a educação brasileira hoje, com escolas públicas sendo fechadas e interditadas por falta de estrutura, bem como pela ausência de uma alocação eficiente de recursos públicos voltados ao setor da educação enquanto se mantém execuções orçamentárias injustificáveis como privilégios, altos salários e regalias dos membros dos Poderes.

Fortalece essa incongruência a projeção do investimento em educação com a vigência do Novo Regime Fiscal na vinculação da União. O estudo foi produzido pela Fineduca (Associação Nacional de Pesqui-

sadores em Financiamento da Educação) em parceria com a Campanha Nacional pelo Direito à Educação e demonstra que no decorrer dos anos, mantendo as variáveis na forma em que se encontra, o resultado, que hoje já não é bom, ficará bem pior.

O estudo foi produzido enquanto tratava-se ainda da Proposta de Emenda à Constituição nº 241 e considerou o decorrer dos vinte exercícios financeiros. Para o primeiro ano de vigência do regime o investimento em educação seria 18%, ao passo que no vigésimo exercício essa porcentagem provavelmente cairá para 10,3% de investimento, isso levando em conta um crescimento real de receita de 3% ao ano do PIB nacional.

Pode até parecer que não muda muito ou que não vai deixar de haver investimento em educação, mas a realidade é que o gasto primário com educação em 2016 foi 2,78%, somado a 1,10% do FUNDEB, o que não chega nem a 4% do gasto primário total da União. Vale dizer, não foi a educação que levou à implementação do Novo Regime Fiscal, não sendo ela a responsável pela crise fiscal instalada no país desde 2013.

Nesse sentido, a teoria aplicada ao caso será a da responsabilidade objetiva, e, mesmo se tratando de omissão estatal, quando o assunto for educação ela deverá prevalecer, sempre observando o princípio da proporcionalidade (BARRETO, 2016). Tal afirmação se pauta não só no embasamento jurídico e empírico acima citado, mas também no próprio entendimento universal de educação como o único caminho para o desenvolvimento social e econômico justo e isonômico do nosso país.

Ganha maior relevância essa responsabilização do Estado, tanto pela aplicação do Novo Regime Fiscal que prejudicou setores historicamente “escanteados” pelo Governo, quanto pela política de abrandamento dos crimes de colarinho branco, como desvio de dinheiro da merenda escolar, por exemplo – cuja discussão é pertinente, mas em outro momento.

Essa preocupação se fortalece na medida em que o constituinte derivado, ao aprovar dito regime, não estabeleceu prioridades em consonância com as necessidades do povo brasileiro, posto que problemas estruturais como a manutenção dos privilégios da classe política e a alocação ineficiente dos recursos foram mantidos mesmo com a instituição do teto de despesas públicas.

Não obstante tudo isso, os acessos aos meios de comunicação

revelam mais peripécias⁶ que, se por um lado não deslegitima o discurso do Estado de enxugamento da máquina estatal, por outro fortalece a necessidade de estabelecimento de prioridades de acordo com as necessidades do povo, devendo inclusive responder pelos danos de sua conduta displicente. O ordenamento jurídico pátrio assim delineou a responsabilidade civil do Estado (CRFB/88):

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Percebe-se que a Constituição adotou, de forma cristalina, a teoria da responsabilidade objetiva, sem esclarecer se a disposição normativa se referia às condutas antijurídicas comissivas e omissivas. A doutrina majoritária entende que o ordenamento brasileiro adota a responsabilidade civil objetiva nas condutas comissivas e a responsabilidade civil subjetiva nas condutas omissivas (BARRETO, 2016).

Nas comissivas há um desrespeito claro do agente quanto ao seu dever de diligência, de forma que, não sendo hipótese de aplicação de excludente de ilicitude, terá ocorrido uma conduta, seja ela culposa ou dolosa, resultando na responsabilidade objetiva estatal. Esse dever de diligência é caracterizado por Justen Filho (2008, p. 955) como “consistente em prever as consequências de sua conduta ativa e omissiva, adotando todas as providências necessárias para evitar a consumação de danos a terceiros”.

Com o Novo Regime Fiscal em vigor, percebe-se uma série de condutas que vem sendo adotadas pelo Estado, em diversas esferas e po-

.....
6 O aumento em 16% do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (SILVA, 2018), o custo de cada deputado federal brasileiro, atingindo uma média de R\$ 2 milhões de reais segundo o jornal eletrônico Congresso em Foco (2018), além do governo ter cortado várias despesas, mas o gasto com pessoal aumentou (TREVIZAN, 2018), entre outras notícias.

deres, alcançando-se a concretude da postura do ente Público face a sua responsabilidade com a educação. Fora as notícias jornalísticas já citadas, um estudo feito pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), denominado de *Education at a Glance 2018: OECD Indicators*, faz um comparativo de estrutura, financiamento e sistemas de ensino dos países membros e associados. Nele, é possível perceber muitos avanços no investimento em educação pelo Brasil, mas, em regra, os indicadores ficaram abaixo da média da Organização.

Por exemplo, o Brasil possui o maior índice de adultos que não concluíram o ensino médio e uma das maiores desigualdades de renda entre os países estudados, fatores intimamente ligados (OCDE, 2018). Sem contar que, o investimento em educação em razão do Produto Interno Bruto do Brasil é razoável, mas ainda está abaixo da média da organização, além de não haver uma política de valorização dos profissionais da educação que fortaleça a estrutura do sistema, com uma diferença salarial entre estados-membros maior do que a diferença entre os países membros da OCDE (OCDE, 2018).

Além disso, cita-se outras condutas que, se não deslegitimam por completo o Novo Regime, o coloca em condição de dúvida. A Medida Provisória nº 816/2017, que cria cargos para os Conselhos de Supervisão dos Regimes de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal; o aumento dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal em 16,38% (dezesesseis inteiros e trinta e oito décimos por cento) já publicado no Diário Oficial da União; bem como o corte dos setores sociais para subsidiar o preço do diesel após a greve dos caminhoneiros, são situações que demonstram, de forma bem expressa, que a preocupação dos membros dos Poderes não está centrada no atendimento dos anseios sociais.

Em entrevista ao juiz Göran Lambertz, membro da Suprema Corte da Suécia, indagou-se se os membros de lá tinham algum benefício extra salarial⁷, ou até mesmo privilégio, como carro oficial com motorista à disposição. Em resposta o magistrado enfatizou: “Só vivemos uma vez e, portanto, penso que a vida deve ser vivida com bons padrões éticos.

.....
7 Exemplos: gratificação natalina, auxílio-saúde, auxílio-moradia, verbas de representação, auxílio pré-escolar para cada filho, auxílio-funeral, auxílio-alimentação, entre outros (WALLIN, 2018).

“Não posso compreender um ser humano que tenta obter privilégios com o dinheiro público” (WALLIN, 2018, s/p).

Enquanto não houver uma alocação e fiscalização eficiente de recursos, somado as escolhas estatais no mínimo duvidosas, muitas vezes imorais apesar de legais, não há em que se falar em corte educacional justo. Nessa esteira, resta evidente a responsabilidade civil do Estado em face dos danos ocasionados pela má administração na alocação dos recursos públicos destinados na área da educação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que o novo regime fiscal, promulgado pela EC nº 95/2016, constitui-se em uma política fiscal recente, se faz necessário o amadurecimento da discussão acerca da alocação dos recursos públicos de forma a trazer efetividade às políticas públicas, sobretudo as voltadas à educação, posto que além de preceito constitucional, é sabidamente o caminho mais seguro ao desenvolvimento e evolução do nosso país.

Viu-se que a dificuldade de implementação do direito à educação já é uma realidade no Brasil, diante de tantos casos práticos que dificultam e desestimulam a efetividade do mesmo, enquanto se mantém recursos alocados de forma incompatível com a necessidade da população, infringindo diretamente o princípio da dignidade humana, além de leis que tratam da educação, como a Lei nº 11.738/2008, Lei nº 12.858/2013 e Lei nº 13.005/2014.

Incide a responsabilidade civil do Estado nas restrições orçamentárias em desfavor da educação ante a manutenção de outros gastos públicos que não refletem diretamente em benefícios para a população, bem como os prejuízos que já vem demonstrando na prática sobre o (des) acesso ao direito à educação.

Dessa forma, entende-se que o equilíbrio orçamentário é importante, desde que respeite os moldes acima mencionados e de acordo com as necessidades básicas do povo, devendo o Estado, quando agir em sentido contrário, responder objetivamente pela sua ação ou omissão na prestação de um serviço educacional de qualidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cezar. **Após interdição de escola, estudantes protestam e pedem local para concluir ano letivo em Mossoró**. Mossoró Hoje, Mossoró, 14 dez. 2018. Disponível em: <<http://mossorohoje.com.br/noticias/25085-apos-interdicao-de-escola-estudantes-protestam-e-pedem-local-para-concluir-ano-letivo-em-mossoro>>. Acesso em 17 dez. 2018.

BARRETO, Wendel N. Piton. Responsabilidade civil do Estado em face da inefetividade do direito à educação. **Jus**, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45644/responsabilidade-civil-do-estado-em-face-da-inefetividade-do-direito-a-educacao/5>>. Acesso em 27 ago. 2018.

BETIM, Felipe. Cortes em saúde e educação ajudarão a pagar diesel mais barato para caminhoneiros. **El País**, 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/31/politica/1527790717_851019.html>. Acesso em: 25 ago. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 9^a ed. São Paulo, Malheiros, 2012.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Gasto Público: composição do gasto público federal**, Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/aceso-a-informacao/despesas/apresentacao-gasto-publico-versao-final-corrente-e-constante-v2-1.pdf>>. Acesso em 11 nov. 2018.

CADA deputado custa mais de R\$ 2 milhões por ano. **Congresso em Foco**, Brasília, 18 ago. 2018. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/cada-deputado-custa-r-2-milhoes-por-ano/>>. Acesso em 11 nov. 2018.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988. **Vade Constitucional**. Salvador, 13 ed., JusPodivm, 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 12^a ed. São Paulo: Dialética, 2014.

GARCIA, G.; SILVA, Z.. Senado aprova aumento de salário, e ministros do STF vão passar a ganhar R\$ 39,2 mil. **G1**, 07 nov. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/11/07/senado-aprova-aumento-de-16-para-ministros-do-supremo-tribunal-federal.ghhtml>>. Acesso em 19 dez. 2018.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5^o ed.. São Paulo: Atlas, 2010.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes. **Novo Regime Fiscal: implicações, dificuldades e o papel do TCU**. Interesse Público – IP. Belo Horizonte, ano 19, n^o 103, p. 183-193, maio/jun. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social**. Direito Constitucional : constituição financeira, econômica e social. São Paulo, v.6, 2011. Editora Revista dos Tribunais.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

NUNES, Rizzatto. **MANUAL DA MONOGRAFIA JURÍDICA: Como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese**. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo. Saraiva, 2013.

OCDE. **Education at a Glance**, 2018. Disponível em: <portal.inep.gov.br/education-at-a-glance>. Acesso em 28 set. 2018.

OLIVEIRA, Mariana. STF decide incluir aumento de 16,38% para ministros no orçamento de 2019. **TV Globo Brasília**, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/08/08/maioria-do-stf-decide-incluir-reajuste-salarial-de-1638-para-ministros-no-orcamento-de-2019.ghhtml>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

PINTO, et. al. **Reserva do Possível e o Risco de Estagnação das Metas do Plano Nacional de Educação em Tempos de Crise Fiscal**. Tendências e direitos fundamentais: Possibilidades de Atuação do Ministério Público. Brasília, ano 2016, v. 1, p. 9-24, 2016.

PINTO, José Marcelino de Rezende. **A aprovação da PEC 241 significa estrangular a educação pública brasileira e tornar letra morta o plano nacional de educação 2014-2024**. São Paulo: FINEDUCA e CNDE, 2016 (Nota Técnica, n. 1).

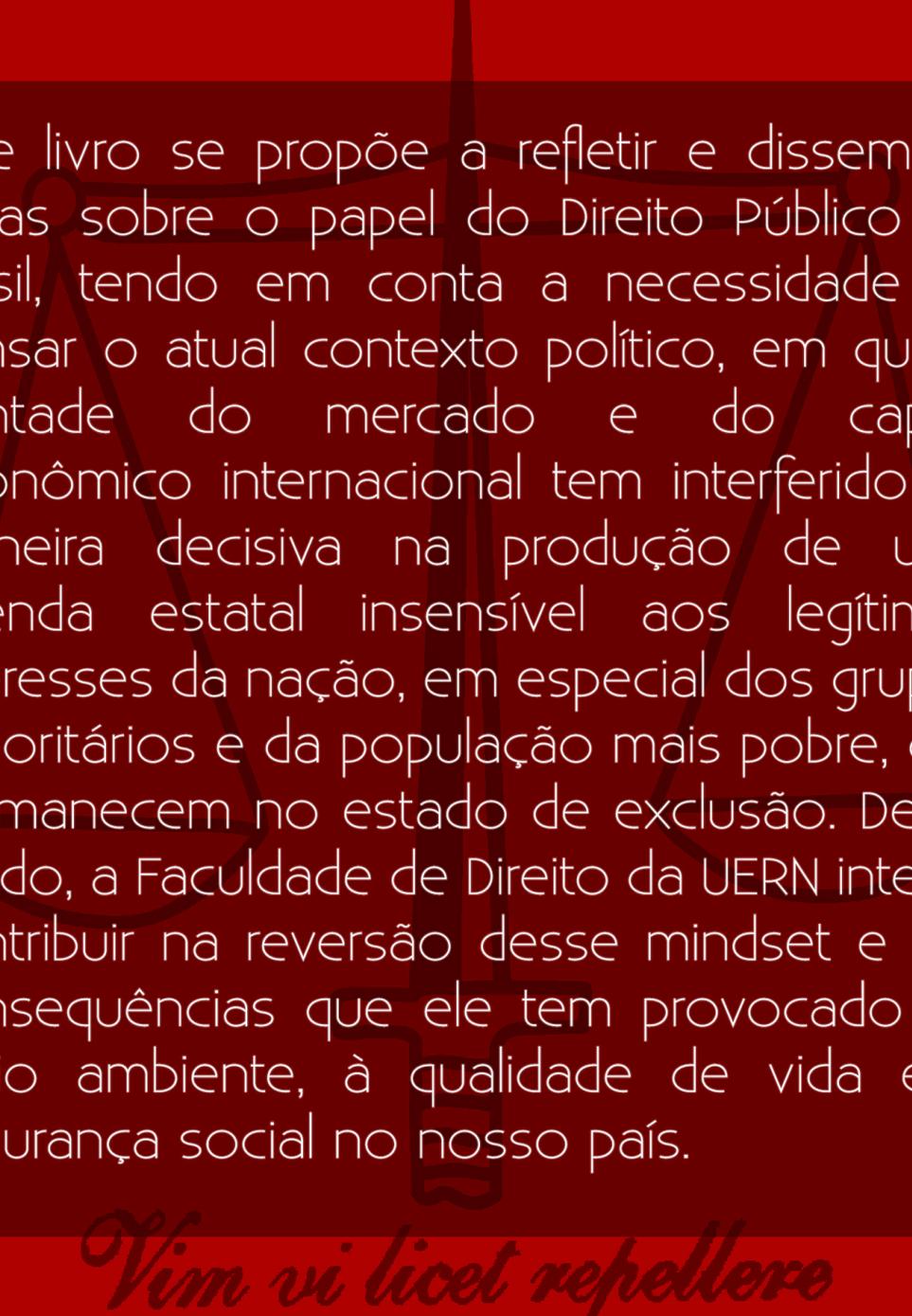
PLANALTO. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/19394.htm>. Acesso em 02 jul. 2018.

_____. **Plano Nacional de Educação**, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm>. Acesso em 02 jul. 2018.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Direito à educação na diversidade: a prática do bullying no ambiente da escola pública e a responsabilidade do Estado. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. São Paulo, v. 21, nov./dez. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.21.08.PDF>. Acesso em 16 dez. 2018.

TREVIZAN, Karina. Governo Temer reduz gastos totais, mas despesas com pessoal aumentam. **G1**, 09 set. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/governo-temer-reduz-gastos-totais-mas-despesas-com-pessoal-aumentam.ghtml>>. Acesso em 04 jul. 2018.

WALLIN, Claudia. A modesta vida dos juízes do Supremo da Suécia, sem auxílio-moradia nem carro com motorista. **BBC News**, 02 dez. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/12/02/a-modesta-vida-dos-juizes-do-supremo-da-suecia-sem-auxilio-moradia-nem-carro-com-motorista.ghtml>>. Acesso em 03 dez. 2018.



Este livro se propõe a refletir e disseminar ideias sobre o papel do Direito Público no Brasil, tendo em conta a necessidade de pensar o atual contexto político, em que a vontade do mercado e do capital econômico internacional tem interferido de maneira decisiva na produção de uma agenda estatal insensível aos legítimos interesses da nação, em especial dos grupos minoritários e da população mais pobre, que permanecem no estado de exclusão. De tal modo, a Faculdade de Direito da UERN intenta contribuir na reversão desse mindset e das consequências que ele tem provocado ao meio ambiente, à qualidade de vida e à segurança social no nosso país.

Vim vi licet repellere