

REVISTA

DireitoUFMS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito

Direitos Humanos e Fundamentais

ANO 2018 – PUBLICAÇÃO SEMESTRAL ELETRÔNICA





FUNDAÇÃO
UNIVERSIDADE
FEDERAL DE
MATO GROSSO DO SUL

Reitor

Marcelo Augusto Santo Turine

Vice-Reitora

Camila Celeste Brandão Ferreira Ítavo

Pró-Reitora de Ensino e Graduação

Ruy Alberto Caetano Filho

Pró-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação

Nalvo Franco de Almeida Júnior

Diretora da Faculdade de Direito

Ynes da Silva Félix

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito

Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do Curso de Graduação em Direito

Andréa Flores

REVISTA **Direito** UFMS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

COORDENAÇÃO EDITORIAL DA REVISTA DIREITO UFMS

Prof.ª Dr.ª Lívia Gaigher Bósio Campello

Faculdade de Direito – Fadir/UFMS

Prof.ª Dr.ª Luciani Coimbra de Carvalho

Faculdade de Direito – Fadir/UFMS

ASSISTENTES EDITORIAIS

Angela Jank Calixto

Doutoranda - USP/UFMS

Flávio Garcia Cabral

Doutor – PUC/SP

Endereço para correspondência

REVISTA DIREITO UFMS

Universidade Federal do Mato Grosso do Sul

Faculdade de Direito – FADIR

Av. Costa e Silva S/N - Caixa Postal 549 - CEP 79070-900 -

Cidade Universitária - Campo Grande - Mato Grosso do Sul

Telefone: (0xx67) 3345-7251 • E-mail: fadir@ufms.br

<http://seer.ufms.br/index.php/revdir>

CONSELHO CIENTÍFICO

Andreas Niederberger

Universität Duisburg-Essen, Alemanha

Dinorá Adelaide Musetti Grotti

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Georgenor de Sousa Franco Filho

Universidade do Amazonas – UNAMA, Brasil

Heleno Taveira Torres

Universidade de São Paulo – USP, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Brasil

Jesús Lima Torrado

Universidad Complutense de Madrid – UCM, Espanha

Jorge Bacelar Gouveia

Universidade Nova Lisboa – UNL, Portugal

Leonardo Carneiro da Cunha

Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Brasil

Leonardo Martins

Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Brasil

Luiz Alberto David Araujo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Luiz Otavio Pimentel

Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil

Marcelo Figueiredo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Maria Esther Martinez Quintero

Universidad de Salamanca – USAL, Espanha

Monica Herman Salem Caggiano

Universidade de São Paulo – USP, Brasil

Pasquale Pistone

Università degli Studi di Salerno, Itália

Pilar Giménez Tello

Universidad de Salamanca – USAL, Espanha

Vladmir Oliveira da Silveira

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Coordenadoria de Biblioteca Central – UFMS, Campo Grande, MS, Brasil)

Revista Direito UFMS : revista do Programa de Pós-Graduação em Direito
[recurso eletrônico] / Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. –
Edição especial – Campo Grande, MS : Ed. UFMS, 2015. –
v. ; 25 cm.

Semestral
ISSN 2447-2336

1. Direito – Periódicos. 2. Direitos humanos – Periódicos. 3. Direitos
fundamentais – Periódicos. I. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

CDD (22) 342.81085
CDD (22) 342.085
CDD (22) 340.05
CDDir (4) 341.27

JVD

SUMÁRIO

EDITORIAL	5
Lívia Gaigher Bósio Campello Luciani Coimbra de Carvalho	
ARTIGOS	
A (IN)SUSTENTÁVEL LEVEZA DA COMUNICAÇÃO	7
Felipe Chiarello de Souza Pinto Ruth Carolina Rodrigues Sgrignolli	
A TRANSNACIONALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E O ENSINO JURÍDICO NO BRASIL	33
Samyra H. Dal Farra Napolini Vladmir Oliveira da Silveira	
CONTRAFFAZIONE DI MEDICINALI E MATERIE PRIME FARMACEUTICHE: UN INVITO ALLA RIFLESSIONE TRA SOVRANITÀ, COMPLESSITÀ SOCIALE, MERCATO COMUNE DEL SUD E CONTROLLO TRANSNAZIONALE SANITARIO	44
Joedson de Souza Delgado Gabrielle Jacobi Kölling	
MULTICULTURALISM AND HUMAN RIGHTS IN INDIGENOUS TRADITIONAL PRACTICES: A BRIEF ANALYSIS FROM THE BRAZILIAN LAW PROJECT Nº 1.057/07	64
Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff Michelle Alves Monteiro	
OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS CELEBRADOS PELA FAZENDA PÚBLICA EM FACE DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA ANTICORRUPÇÃO	81
Gabriela Quinhones de Souza Pablo Jiménez Serrano	
“A VERDADE É O SEU DOM DE ILUDIR” : PROFANANDO DEFINIÇÕES HETERONORMATIVAS	96
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth Leticia Fontoura	

SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E OS DESAFIOS DA IMPLEMENTAÇÃO DAS DECISÕES DA CORTE IDH NO BRASIL: UM ESTUDO DO CASO DAMIÃO XIMENES LOPES	117
Fernanda da Silva Lima Marina Raupp Teixeira	
APONTAMENTOS ACERCA DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL INDÍGENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO	142
Daniela Saab Nogueira José Paulo Gutierrez	
EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E ENSINO JURÍDICO: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO	160
José Edmilson de Souza Lima Milena Moraes Lima	
A PATOLOGIZAÇÃO DA IDENTIDADE “TRANS”: UMA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	175
Valmir César Pozzetti Nicolle Patrice Pereira Rocha	
A COMPENSAÇÃO EXIGIDA PARA ASSEGURAR A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NAS ALTERAÇÕES OU SUPRESSÕES DE DIREITOS SOCIAIS	186
Almir Santos Reis Junior Nelson Fugita Junior	
A MEDIDA DE INTERNAÇÃO E AS POSSIBILIDADES DE REINTEGRAÇÃO DO ADOLESCENTE: UMA ANÁLISE DO PROGRAMA PORTAS ABERTAS	204
Edimar Edson Mendes Rodrigues Ronia Lima Barbosa	
A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS NO PARAGUAI: MARCOS NORMATIVOS E A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO PRAGMÁTICO-SOCIAL DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	221
Michelle Asato Junqueira Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci Andrea Boari Caraciola	
LINHA EDITORIAL	239

EDITORIAL

Neste volume, a Revista Direito UFMS traz artigos de doutores (as), doutorandos (as), mestres (as) e mestrandos (as) de instituições das mais variadas partes do Brasil e de outros países, recebidos pelo Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas – SEER, *software* disponibilizado pelo IBICT, e avaliados pelo método *Double Blind Peer Review*. Além disso, conta com a brilhante contribuição dos professores convidados, Felipe Chiarello de Souza Pinto e Ruth Carolina Rodrigues Sgrignolli, ambos vinculados à Universidade Mackenzie, e dos professores Samyra H. Dal Farra Napolini (UNIMAR, FMU e FADI) e Vladimir Oliveira da Silveira (PUC-SP e UFMS).

Além do seletivo grupo de professores convidados, destaca-se também nesta edição a maior divulgação e abertura conferida a artigos redigidos em língua estrangeira, a exemplo da contribuição escrita em italiano pelos pesquisadores Joedson de Souza Delgado e Gabrielle Jacobi Kölling, e em inglês por Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff em comunhão com Michelle Alves Monteiro.

Cumpre-nos reafirmar que com enfoque nos objetivos de criar um vasto campo de discussão e aproximação dos Direitos Humanos e Fundamentais; oferecer aos estudiosos uma visão atualizada das principais problemáticas jurídicas a serem enfrentadas pelas sociedades contemporâneas; fomentar e disseminar, de modo sistematizado, os estudos científicos realizados nessas áreas; a Revista Direito UFMS possui a missão de inserir as produções científicas de autores (as) convidados (as) nacionais e estrangeiros, do corpo docente e discente da UFMS e demais alunos (as), docentes e pesquisadores (as) das mais diversas instituições de ensino do Brasil e exterior.

Trata-se de uma publicação semestral e eletrônica, apoiada pela Faculdade de Direito – Fadir/UFMS e pelo seu Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD/DIR/UFMS, que busca honrar seu compromisso com a excelência da pesquisa jurídica e atender aos direcionamentos estabelecidos pela área do Direito

junto a CAPES/ MEC, bem como aos padrões exigidos nos indicativos do sistema *Qualis Periódicos*.

Nesse sentido, a revista que temos a honra de apresentar traz trabalhos científicos inéditos, de autores (as) nacionais e estrangeiros, respeitando-se as regras vigentes de exogenia/endogenia. Além disso, os artigos foram avaliados pelo método do sistema *Double Blind Peer Review*, em que a avaliação é feita por docentes que desconhecem os (as) autores (as), assim como os (as) autores (as) desconhecem seus docentes avaliadores. Para se evitar o plágio, os artigos são registrados no sistema Digital Object Identifier – DOI. Igualmente, informamos que a Revista Direito UFMS está indexada no Latindex, Sumários.org, Oaji.net, Drji, Diadorim, Google Scholar, Redib, Worldcat, Ulrichs Web, Livre, Base e Sherpa/Romeo.

É também com alegria e satisfação que reiteramos que a Revista Direito UFMS, após processo de avaliação e seleção realizado pela Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior (CAPES), recebeu o importante selo Qualis B2. Esta certificação é uma evidente indicação do amadurecimento, melhoria e excelência alcançados pelo periódico.

Nós, editoras da Revista Direito UFMS, orgulhosamente, compartilhamos com todos (as) que acessam a revista, as valiosas contribuições que aqui revelaram uma excelente articulação com o eixo temático proposto pelo Conselho Editorial.

Nosso especial agradecimento a todos (as) que trouxeram suas análises e reflexões por meio de artigos científicos e resenhas, em particular, aos assistentes editoriais que gentilmente contribuíram para a realização deste volume, Angela Jank Calixto e Flávio Garcia Cabral. Desejamos uma proveitosa leitura!

Campo Grande, verão de 2018.

Lívia Gaigher Bósio Campello e Luciani Coimbra de Carvalho
Coordenação editorial da *Revista Direito UFMS*

A (IN)SUSTENTÁVEL LEVEZA DA COMUNICAÇÃO

THE (UN)SUSTAINABLE LIGHTNESS OF COMMUNICATION

Felipe Chiarello de Souza Pinto

Mestre e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, foi membro do Conselho Técnico Científico, do Conselho Superior e do Comitê da Área do Direito da CAPES-MEC, Atualmente é Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Político e Econômico, Membro do Comitê da Área do Direito no Programa SciELO/ FAPESP, membro Titular da Academia Paulista de Letras Jurídicas e da Academia Mackenzista de Letras.

Ruth Carolina Rodrigues Sgrignolli

Mestre e doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora convidada dos curso de Pós-Graduação de Propriedade Intelectual da Escola Superior da Advocacia. Pesquisadora do grupo de Estado e Economia no Brasil da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro efetivo da Comissão de Ciência e Tecnologia e da Comissão para Liberdade de Imprensa, ambas da OAB – SP e consultora do Escritório Vieira Ceneviva Advogados Associados.

AUTORES CONVIDADOS

Resumo: A comunicação e suas manifestações são essenciais para o desenvolvimento humano. A garantia do amplo debate de ideias e da informação denota o grau de democracia em que se insere o país. Assim, o respeito à diversidade, à pluralidade, a tolerância no discurso, o financiamento sustentável da comunicação e o uso de tecnologia com observância do princípio da precaução são alguns dos mecanismos que podem garantir um espaço comum de debate e de convivência para a geração atual e futura.

Palavras-chave: Comunicação; Tecnologia; Financiamento; Mídia; Sustentabilidade.

Abstract: *Communication and its manifestations are essential for human development. The guarantee of the broad debate of ideas and information shows the degree of democracy in which the country is inserted. Thus, respect for diversity, plurality, tolerance in discourse, sustainable financing of communication and the use of technology in compliance with the precautionary principle are some of the mechanisms that can guarantee a common space of debate and coexistence for the current generation and future one.*

Keywords: *Communication; Technology; Financing; Media; Sustainability.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A importância de comunicar no Estado democrático. 3. A pluralidade dos espaços comunicacionais e diversidade cultural. 4. A educação: respeito às diferenças culturais, sem perder a identidade nacional. 5. O financiamento sustentável das comunicações. 6. O uso de tecnologia com observância do princípio da precaução. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira garante que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações¹.

Essa prerrogativa vai de encontro com o Relatório Brundtland² que em 1987, propôs uma agenda global para a mudança de paradigma no modelo de desenvolvimento humano. O relatório define o desenvolvimento sustentável como aquele “capaz de permitir a satisfação das necessidades da geração presente sem comprometer a satisfação das necessidades e a sobrevivência das gerações futuras”.

Em essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades e aspirações humanas³.

Quando se fala em sustentabilidade, e na necessidade da exploração de recursos sem os exaurir, é preciso ter em mente o conceito econômico de escassez, pois os recursos envolvidos, ou não são renováveis, ou em sendo renováveis, são consumidos com uma velocidade que torna difícil sua reposição.

A interdisciplinaridade entre essas duas matérias, a economia e o direito ao ambiente é fundamental para compreender a oferta, a demanda, como se compõe o mercado, a relação do capital e da exploração na ordem das coisas.

¹ BRASIL. Constituição Federal, “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

² Disponível em: http://www.unece.org/oes/nutshell/2004-2005/focus_sustainable_development.html, último acesso em: 05. Set. 2018.

³ Disponível em <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/temas-em-discussao-na-rio20/ecodesenvolvimento-conceito-desenvolvimento-sustentavel-relatorio-brundtland-onu-crescimento-economico-pobreza-consumo-energia-recursos-ambientais-poluicao.aspx>, acesso em 18. Set. 2018.

Por esse motivo, muitos autores deram um passo além do radicalismo das suas matérias para analisar que, sem a extração dos recursos da natureza, a vida (de todos os seres) seria inviável, e por outro lado, a exploração indiscriminada dos recursos que ela oferece pode inviabilizar a vida como se conhece hoje.

Portanto, é preciso compreender e estudar qual o limite para usufruir e explorar os recursos a fim de não inviabilizar, nem retardar ou dificultar a existência digna daqueles que estão por vir⁴.

Mas a questão ambiental é complexa, e interdisciplinaridade não se dá apenas na área econômica. As relações se dão em contextos espaço-temporais, e deve-se buscar pensar o enredamento do ambiente a que se propõe estudar.

É o agir dentro de processos integrados, que vinculam matéria e pensamento, teoria e prática, corpo e mente, subjetividade e objetividade⁵ que se enquadra o processo da comunicação. A sustentabilidade da comunicação não se está apenas na possibilidade de instalação das antenas, nas ondas eletromagnéticas, nos aparelhos (meios) de comunicação.

O conteúdo da fala e o espaço comunicacional também devem ser considerados quando se observa a sociedade. Não apenas porque o ser humano é em essência um ser gregário e comunicador, mas porque a sociedade caminha na construção de espaços individuais e eletrônicos que criam outras realidades, realidades virtuais, simuladas, que distanciam uns dos outros e todos, da natureza.

Com base nisso, o presente artigo pretende abordar o tema da sustentabilidade dentro de uma visão comunicacional, passando por questões sociológicas e legais, na medida em que o ordenamento jurídico se apresente como possível solução nessa área, afinal, como desafiou Edgar Morin⁶, o pensamento complexo é essencialmente o pensamento que trata com a incerteza e que é capaz de conceber a organização.

⁴ Para mais informações, Ipea, "Sustentabilidade Ambiental no Brasil: biodiversidade, economia e bem-estar humano", 2010, especificamente o capítulo que trata sobre o uso do poder de compra para a melhoria do meio ambiente, disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro07_sustentabilidadeambienta.pdf, acesso em 16.Set.2018.

⁵ LOUREIRO, Carlos Frederico. *Educação ambiental transformadora*. Disponível em: http://files.zeartur.webnode.com.br/200000044-e06b4e1651/Identicidades_EA_Brasileira.pdf#page=67, acesso em 16.Set.2018.

⁶ MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. *A Inteligência da Complexidade*. São Paulo: Petrópolis, 2000. p. 206.

2 A IMPORTÂNCIA DE COMUNICAR NO ESTADO DEMOCRÁTICO

Antes de mais nada, é preciso definir qual a importância da comunicação para o Estado democrático.

A comunicação, conforme disposto, gera necessidade de que haja ambientes de comunicacionais e é nesses ambientes, desde os tempos dos gregos (Ágoras), que se discutiam questões políticas, religiosas, econômicas.

O Estado se modernizou, os espaços de comunicação tomaram outros formatos, mas a importância de comunicar, ou a liberdade de se expressar, manteve-se. Assim:

A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado “poder social da imprensa.”⁷

Portanto, a plena liberdade de imprensa corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo, denotando seu alto grau de democracia.

A concretização da sustentabilidade está vinculada à criação de uma democracia participativa, uma vez que a tentativa de se preservar a natureza, remete à

⁷ Parte da Ementa da ADPF 130/ DF que julgou totalmente procedente (Tribunal Pleno) a ação proposta pelo Partido Democrático Trabalhista para declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250/ 1967 (Lei de Imprensa). Foi Relator o Ministro Carlos Britto, julgado em 30/04/2009, publicado em 06/11/2009. O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e a Senhora Ministra Ellen Gracie, que a julgavam improcedente quanto aos artigos 1º, § 1º; artigo 2º, caput; artigo 14; artigo 16, inciso I e artigos 20, 21 e 22, todos da Lei nº 5.250, de 9.2.1967; o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente), que a julgava improcedente quanto aos artigos 29 a 36 da referida lei e, vencido integralmente o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente.

necessidade de deliberar, de uma forma aberta e pública, com a busca de valores positivos de vida⁸. Nesse sentido:

[...] a democracia implica um processo no qual uma coletividade discute e decide sobre princípios e procedimentos destinados a governar a sua vida comum. Ela nos remete a um tipo de organização política em que essa coletividade busca um consenso entre políticas e formas de ação, para atingir as metas escolhidas coletivamente. Por sua vez, a democracia deliberativa é vista como guiada por uma racionalidade comunicativa, na qual a interação social está livre da dominação, do comportamento estratégico e manipulador e do auto-engano⁹.

A garantia dessa fala se dá nos ambientes públicos de reunião ou simplesmente lugares de encontro, que emergem de uma necessidade da própria organização social humana e sua presença mais intensa se dá no momento histórico organização de coletividades mais complexas¹⁰.

Para Luhmann¹¹, a função dos meios de comunicação seria a de representação da esfera pública, considerada essa como um meio social de reflexão.

Portanto, a sustentabilidade não está em escolher entre o desenvolvimento e o meio ambiente. A sustentabilidade tem um caráter de ordem evolutiva no sentido de garantir recursos à geração futura. E para isso, entende-se que seja preciso garantir (i) a pluralidade dos espaços comunicacionais e diversidade cultural, (ii) a educação (respeito às diferenças culturais, sem perder a identidade nacional), (iii) o financiamento sustentável da comunicação e (iv) o uso de tecnologia com observância do princípio da precaução.

3 A PLURALIDADE DOS ESPAÇOS COMUNICACIONAIS E DIVERSIDADE CULTURAL

As palavras “pluralidade” e “diversidade” são equívocas, ou seja, possuem diversos significados, dependendo do enredo em que estão alocadas.

⁸ LENZI, Cristiano Luis, *A política democratia da sustentabilidade: os modelos deliberativos e associativos de democracia ambiental*. Ambiente e Sociedade, Campinas, vol. 12, n. 1, jan/jun 2009, disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2009000100003, acesso em 16.Set.2018.

⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁰ CORTEZ, Glauco Rodrigues, *Espaço público de comunicação e o jornalismo na antiguidade*, Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, V Congresso Nacional de História da Mídia, São Paulo, 2007, disponível em: http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/encontros-nacionais/5o-encontro-2007_1/Espacos%20de%20Comunicacao%20e%20o%20Jornalismo%20na%20Antiguidade.pdf, acesso em 16.Set.2018.

¹¹ LUHMANN, Niklas, *A realidade dos meios de comunicação*, 2ª edição, São Paulo: Paulus, 2011, p. 170.

Diversidade significa qualidade daquilo ou daquele que é diverso, variedade, dissemelhança. Pluralidade significa o maior número, grande número, multiplicidade, o geral, mais de uma pessoa ou coisa¹².

O direito fundamental à informação, bem como a liberdade cidadã de expressão, exercem-se hoje por meio dos veículos de comunicação de massa¹³.

Em pesquisa realizada pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), em 2011 sobre a experiência audiovisual, 78% dos entrevistados afirmaram assistir a televisão/DVD todos os dias e 11% assistem várias vezes por semana. Somados, o conjunto de pessoas desses dois grupos representa que 89% dos entrevistados são praticantes intensivos ou habituais de televisão. Apenas 17,2% assistem pelo menos uma vez por mês e 3,6% raramente¹⁴. Isso mostra o poder da televisão.

É intuitivo considerar que quanto mais locais ou meios de comunicação se tem, maior a garantia de que ela aconteça. A premissa não é simples e poderia ser objeto de novo artigo. Mas, considerando, que seja absoluta, ela justifica a preocupação do legislador brasileiro em proibir que (i) os meios de comunicação social sejam objeto de monopólio e oligopólio¹⁵ e (ii) a propriedade cruzada de veículos de comunicação, estabelecendo regras de propriedade por veículos¹⁶.

No entanto, a realidade é bastante diversa do que está contido na Lei. A tabela abaixo dá uma ideia da concentração dos meios de comunicação rádio e TV em grupos econômicos.

A importância da pluralidade, ou da quantidade de veículos existentes relaciona-se diretamente com a oferta de conteúdo e a independência do ofertante, por um lado, e da possibilidade de escolha para consumo desse conteúdo, de outro lado.

¹² Pequeno dicionário da Língua Portuguesa, 9a edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1957.

¹³ COMPARATO, Fabio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. REVISTA DA USP, São Paulo, n. 48, dez./fev. 2000/2001. p.16.

¹⁴ Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/politicas_sociais/bps_19_completo.pdf, acesso em 16.Set.2018.

¹⁵ BRASIL. Constituição Federal: "Art. 220 (...) § 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio".

¹⁶ Nesse sentido, Decreto-Lei 236/67 e Lei do Seac, Lei 12.485/11.

Tabela 01 – Grupos econômicos com emissoras de rádio e TV¹⁷

Grupos familiares e números de emissoras na radiodifusão brasileira		
Nacionais	Televisão	Rádio
Marinho (Globo)	32	20
Saad (Bandeirantes)	12	21
Abравanel (SBT)	10	-
Regionais	Televisão	Rádio
Sirotsky (RBS-Sul)	20	20
Câmara (Centro-Oeste)	08	13
Daou (Norte)	05	04
Zahran (Mato-Grosso)	04	02
Jereissati (Nordeste)	01	05

Fonte: LIMA (2001, p. 106).

Obs.: Embora a legislação em vigor limite a cinco o número de emissoras de TV por grupo, as redes nacionais burlam a regra se associando às estações de outros proprietários que funcionam como meras repetidoras locais ou regionais da programação nacional.

Mais preocupante que os dados acima são as notícias frequentes sobre jornais que fecham ou que deixam de publicar sua via impressa. As informações são todas *online*, devido ao custo de manter a estrutura da impressão¹⁸, mas o acesso à internet ainda é caro e não está difundido no país.

A crise nos meios de informação são um risco para democracia porque limitam o acesso às fontes de informação, que são a base para que o cidadão possa formar uma opinião.

A diversidade também está prevista na Constituição na promoção da cultura nacional e regional e na regionalização da produção cultural, artística e jornalística¹⁹.

De acordo com a Declaração Universal sobre a Diversidade²⁰ da UNESCO:

[...] as sociedades cada vez mais diversificadas, tornam-se indispensável garantir uma interação harmoniosa entre pessoas e grupos com identidades culturais a um só tempo plurais, variadas e dinâmicas, assim como sua vontade de conviver. As políticas que favoreçam a inclusão e a participação de todos os cidadãos garantem a coesão social, a vitalidade da sociedade civil e a paz.

¹⁷ Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762006000100004. Acesso em 16.Set.2018.

¹⁸ Recentemente o Diário Oficial do Estado de São Paulo noticiou em seu site que deixará de oferecer a versão impressa do jornal.

¹⁹ BRASIL. Constituição Federal: “Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei”.

²⁰ Disponível em: http://semanaculturaviva.cultura.gov.br/linhadotempo/pdf/docs_internacionais/Declaracao_Universal_Diversidade%20Cultural_2002.pdf, acesso em 16.Set.2018.

Definido desta maneira, o pluralismo cultural constitui a resposta política à realidade da diversidade cultural. Inseparável de um contexto democrático, o pluralismo cultural é propício aos intercâmbios culturais e ao desenvolvimento das capacidades criadoras que alimentam a vida pública.

Além disso, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, incorporada ao arcabouço legislativo brasileiro através do Decreto 6.177/2007, e pelos princípios e preceitos consignados na MP 2228-1/2001, na Lei 12.485/2011, e na Lei 12.965/2014 (“Marco Civil da Internet”), juntamente com o Decreto 8.771/2016, que a regulamenta também fomentam a diversidade cultural.

Garantir a diversidade cultural na mídia implica em respeitar as diferenças e esse entendimento gera empatia, reconhecimento, agregação, unidade e por consequência, a garantia do espaço comunicacional comum. Público é o que é acessível a todos.

À medida que o telespectador participa, “realiza-se o entendimento no sistema, pois somente no interior do sistema é que pode haver a ocasião para a comunicação subsequente”²¹, garantindo a sustentabilidade do espaço comunicacional e do diálogo.

4 A EDUCAÇÃO: RESPEITO ÀS DIFERENÇAS CULTURAIS, SEM PERDER A IDENTIDADE NACIONAL

Trata-se de superar a pedagogia tradicional, na medida em que o homem não está *no* mundo, mas está *com* o mundo. Em linhas gerais, o que ele quer dizer com isso é que o homem, ao interagir com sua realidade, se apropria das noções de temporariedade, criticidade e transcendência que lhe fazem único. E mais: ao estar dotado de tais capacidades, ao indivíduo se abre a possibilidade de se *integrar* ao mundo, mais que se *acomodar* a ele.²²

É competência de todas as esferas públicas preservar as florestas, a fauna e a flora, fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, além de combater as causas da

²¹ LUHMANN, opus cit., p. 76/77.

²² SABBATINI, Marcelo, *Comunicação libertadora segundo Paulo Freire*. In In MELO, José Marques e FERNANDES, Guilherme Moreira, *Pensamento Comunicacional brasileiro – história e sociedade*. São Paulo: Paulos, 2014, p. 444.

pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos²³.

Mas em realidade, esperar que o Estado, em todas as suas esferas concretize essa premissa legal, que hoje veste-se de um *desejo*, é manter-se insulado na ilusão de uma proposta de Estado que jamais, em lugar nenhum do mundo existiu.

A concretude da salvaguarda dos direitos fundamentais insere-se no universo individual e do coletivo a que se faz parte. Nada mais poderoso do que um ser humano educado (educação formal, cultural e de cidadania), orientado (que sabe o que quer) e inserido no sistema de convivência comunal.

Por isso a constituição estabeleceu como dever do Poder Público e da coletividade a defesa do meio ambiente e sua preservação para as presentes e futuras gerações²⁴.

A pesar da promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente ser um dever da esfera pública, é preciso que a sociedade esteja organizada para cobrar esse direito ou ainda encontrar outras formas de concretização que não dependam de intervenção Estatal.

O Plano Nacional de Educação ambiental prevê que é papel (também) dos meios de comunicação de massa, colaborar de maneira ativa e permanente na disseminação de informações e práticas educativas sobre meio ambiente e incorporar a dimensão ambiental em sua programação²⁵.

Para entender o impacto do papel da mídia na educação ambiental é preciso levar em consideração como o receptor da mensagem recebe a informação.

Dois pesquisas interessantes merecem atenção, quanto à sensibilização do telespectador/usuário da mídia. Uma delas, realizado por um grupo de trabalho

²³ BRASIL. Constituição Federal: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

²⁴ Constituição Federal: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

²⁵ Lei 9.795 de 27/04/199: “Art. 3o Como parte do processo educativo mais amplo, todos têm direito à educação ambiental, incumbindo: (...) V - aos meios de comunicação de massa, colaborar de maneira ativa e permanente na disseminação de informações e práticas educativas sobre meio ambiente e incorporar a dimensão ambiental em sua programação;

da *Comunicom*, da Escola Superior de Propaganda e Marketing²⁶, fixou as premissas de que informar (quando se toma conhecimento daquilo que foi divulgado) e educar (ocorre um processo de aprendizagem, com a tomada do conhecimento sobre a informação, sua apropriação e internalização pela pessoa enquanto sujeito capaz de articulá-la e, potencialmente, operacionalizá-la em novas atitudes e ações) são coisas distintas.

Considerando isso o grupo, em sua pesquisa sobre como impactar o indivíduo, chegou às seguintes conclusões:

(i) a aplicação das teorias relativas ao comportamento de consumo são elementos úteis para fundamentar ações e compreender a dinâmica educativa da população por um viés persuasivo com foco no ‘consumo’ de um comportamento saudável.

(ii) o indivíduo em seu processo educativo, deve gozar de autonomia na busca individualizada de informações em um novo contexto tecnológico-informacional.

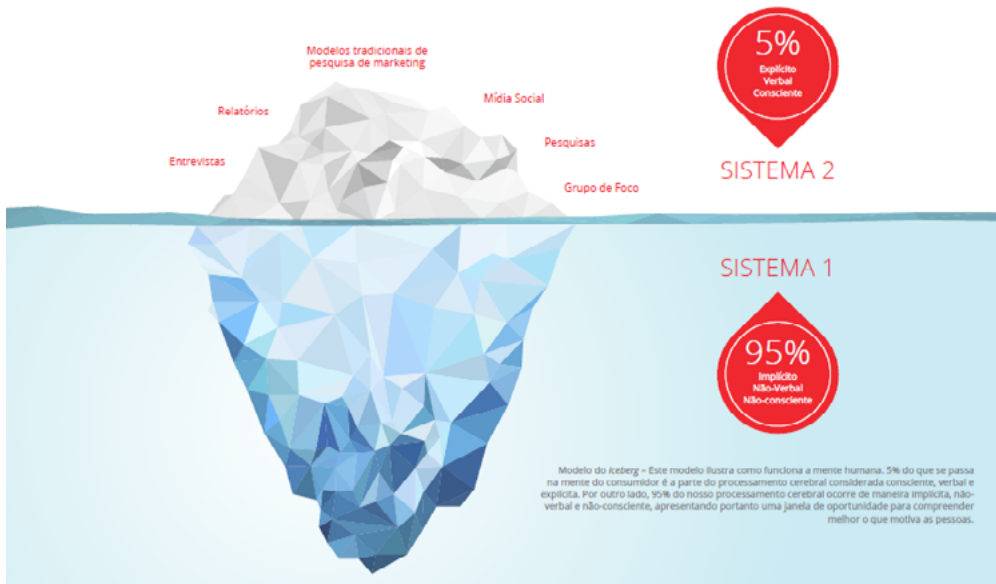
(iii) existem duas perspectivas teóricas antagonistas sobre a capacidade de influência e capacidade educativa da publicidade – e dos meios de comunicação de massa, em específico. A publicidade, quando a serviço dos produtos, do consumo e do mercado, seria eficaz e contribuinte para a indução a comportamentos e construção de valores da sociedade e do indivíduo. Entretanto, quando na perspectiva de uma Publicidade de Utilidade Pública assumiria “apenas” a função informativa, sem alcance do ideal educativo, como foi verificado.

Em outra pesquisa, realizada pelo Ibope, concluiu-se que quanto maior é o engajamento do grupo com as práticas positivas para o meio ambiente, mais meios de comunicação são consumidos. Tendo como base a TV aberta, TV por assinatura, rádio, jornal, revista e internet, os grupos mais sustentáveis tendem a consumir mais meios, de modo que jovens mais sustentáveis também são os que mais se informam através de mais fontes²⁷.

Nesse contexto, a tabela abaixo e as conclusões dos estudos sobre impacto da informação na formação, é importante levar em consideração que a educação formal é fundamental para formar cidadãos bem informados, no entanto, não garante a adesão à proposta de uma mudança de comportamento, se outros fatores não tiverem envolvidos.

²⁶ Educação e campanha em saúde, informar, comunicar ou mudar comportamento? Disponível em: http://www.espm.br/download/Anais_Comunicom_2012/comunicom/gts/gtsete/ALVESeMELO.pdf, 06/06/2017.

²⁷ Disponível em: <http://www.ambientemelhor.com.br/index.php/artigos/item/87-meios-de-comunica%C3%A7%C3%A3o-e-o-meio-ambiente>, acesso em 17.Set.2018.

Figura 01 – Como o cérebro processa as informações²⁸

Entender o funcionamento cerebral e seus mecanismos de recompensa ou ainda a ancoragem e de que forma o consciente é capturado pela amígdala²⁹ torna a existência de regras legais questionáveis do ponto de vista da eficiência³⁰.

De qualquer forma, o Plano Nacional de Educação Ambiental também previu a importância da educação ambiental não formal, definindo-a como ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente, dentre as quais, a difusão, por intermédio dos meios de comunicação de massa, em espaços nobres, de programas e campanhas educativas, e de informações acerca de temas relacionados ao meio ambiente³¹.

²⁸ Brain 500, estudo disponível em: <http://forebrain.com.br/brain500/brain500-trial.pdf>, acesso em 17.Set.2018.

²⁹ Emoções primitivas, que para provocar uma resposta do corpo, não é necessário “reconhecer” a emoção. Exemplo: fugir de um predador. Para maiores detalhes, “O erro de Descartes”, de António Damásio, São Paulo: Cia das Letras, 3a edição, 2012, p. 129/130.

³⁰ A discussão sobre como o funcionamento do cérebro impacta nossas escolhas e a eficiência da norma são base de um novo estudo que está em curso.

³¹ Lei 9.795 de 27/04/199: “Art. 13. Entendem-se por educação ambiental não-formal as ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente.

Parágrafo único. O Poder Público, em níveis federal, estadual e municipal, incentivará:

I - a difusão, por intermédio dos meios de comunicação de massa, em espaços nobres, de programas e campanhas educativas, e de informações acerca de temas relacionados ao meio ambiente”

Não obstante a demonstração de que os meios de comunicação não são uma solução eficiente no sentido de educar, seja em programas de entretenimento, seja em programas informativos ou ainda por meio de campanhas, o fato é que, apenas a televisão está presente em 97,1% dos lares, o rádio em 72% e a internet em 44%, segundo dados do IBGE³² e são um ambiente relevante de comunicação.

Resta crer que “A comunicação não se exaure na troca de mensagens, mas se perpetua num ciclo que cria, regenera, faz circular materiais, recursos cognitivos e emocionais nos contextos e nos territórios sociais”³³.

É certo que a educação ambiental se faz num ambiente de comunicação sustentável, ou seja, onde haja conhecimento (formal e não formal) dentro de uma esfera pública mais ampla e mais compartilhada, onde haja riscos, dificuldades de comunicação e conflitos que a sociedade aprenda a gerenciar. São as negociações das práticas sociais, por meio da criação de redes cada vez maiores de círculos sociais.

É preciso insistir tentando e experimentando os caminhos, afinal, “Processos comunicativos conscientes e responsáveis constituirão uma base imprescindível para as novas formas de cidadania”.³⁴

5 O FINANCIAMENTO SUSTENTÁVEL DA COMUNICAÇÃO

Antes de entrar no tema central desse item é preciso compreender de que forma o setor da comunicação, especialmente rádio e televisão, foi constituído.

A primeira transmissão de rádio, no Brasil, aconteceu em sete de setembro de 1922, no alto do Corcovado, Rio de Janeiro, financiado pela empresa “Westinghouse Eletric” instalou transmissores e alto-falantes ao longo da cidade para transmitir o discurso do presidente Epitácio Pessoa³⁵. Se não fosse Roquete Pinto³⁶, que se interessou pela instalação, essa rádio teria sido descontinuada. O go-

³² Disponível em: <http://www.teleco.com.br/nrtv.asp>, 30/10/2016.

³³ SOLITO, Laura. *Convivência e responsabilidade: a comunicação entre cidadãos e instituições*. In LOPES, Maria Immacolata Vassalo de Lopes e BUONANNO, Milly, *Comunicação social e ética*. Coleção de Colóquios Internacionais da Intercom, vol. 8. São Paulo: Intercom, 2005, p. 195

³⁴ Idem, *ibidem*, p. 197 e 198.

³⁵ A transmissão experimental teve, além do discurso do presidente, música clássica - incluindo a ópera “O Guarani”, de Carlos Gomes, durante toda a abertura da exposição. Disponível em: <http://memoria.etc.com.br/agenciabrasil/agenciabrasil/noticia/2012-09-07/primeira-transmissao-de-radio-no-brasil-completa-90-anos>, acesso em 17.Set.2018.

³⁶ Essa rádio foi mantida pelo Roquete Pinto e depois transformada em Rádio MEC. Ela sempre foi educativa e dependeu de ajuda do governo.

verno não tinha interesse ou meios para receber o empreendimento da “Westinghouse Electric”.

As regras, relativas ao funcionamento do rádio, só foram promulgadas em 1932, com o Decreto 21.111³⁷ que regulamentava a execução dos serviços de radiocomunicação como um serviço de sons ou imagens destinadas a ser livremente recebida pelo público, cujo caráter era nacional e a finalidade educativa e previa a preocupação em formar uma rede nacional de comunicação³⁸.

Como hoje, a competência para legislar sobre o tema era da União³⁹ e foi prevista a possibilidade da execução do serviço por terceiros, se houvesse conveniência e interesse para o país⁴⁰.

É nesse mesmo ato que se previu a existência de emissoras comerciais⁴¹, o que a doutrina, mais tarde, passou a chamar de *trusteeship model*, modelo de gestão do espectro eletromagnético pelo qual o Estado permite a exploração comercial do espectro, por tempo determinado e sob condições específicas⁴².

O decreto atendeu à realidade havida em 1937 no Brasil, das sessenta e três rádios, apenas cinco eram de propriedade do governo⁴³. As demais, eram comerciais.

³⁷ Em 1º de março de 1932 foi aprovado o regulamento para a execução dos serviços de radiocomunicação no território nacional, por meio do Decreto nº 21.111.

³⁸ Decreto 21.111/32: “Radiodifusão, radiocomunicação de sons ou imagens destinadas a ser livremente recebida pelo público; (...) Art. 11. O serviço de radiodifusão é considerado de interesse nacional e de finalidade educacional. § 1º O Governo Federal promoverá a unificação dos serviços de radiodifusão, tendo em vista estabelecer uma rede nacional que atenda aos objetivos desses serviços.

³⁹ Decreto 21.111/32: “Art. 4º São da exclusiva competência da União os serviços de radiocomunicação no território, nas águas territoriais e no espaço aéreo nacionais, ficando sob sua imediata dependência toda e qualquer legislação sobre os mesmos serviços”.

⁴⁰ Decreto 21.111/32: “Art. 5º A par dos serviços de radiocomunicação de caráter público, administrativo e militar, executados exclusivamente pela União, poderá admitir o Governo Federal, se houver conveniência e interesse para o país, a execução, por terceiros, de outros serviços que lhe não forem privativos, desde que sejam estritamente observadas e satisfeitas as exigências estabelecidas neste regulamento e as disposições das convenções e regulamentos internacionais ratificados pelo Governo do Brasil e aplicáveis à material”.

⁴¹ Decreto 21.111/32: “Art. 73. Durante a execução dos programas é permitida a propaganda comercial, por meio de dissertações proferidas de maneira concisa, clara e conveniente à apreciação dos ouvintes, observadas as seguintes condições: a) o tempo destinado ao conjunto dessas dissertações não poderá ser superior a dez por cento (10%) do tempo total de irradiação de cada programa; b) cada dissertação durará, no máximo, trinta (30) segundos; c) as dissertações deverão ser intercaladas nos programas, de sorte a não se sucederem imediatamente; d) não será permitida, na execução dessas dissertações, a reiteração de palavras ou conceitos.”

⁴² Nesse sentido, LIMA, Venício Arthur, de, *Regulação das comunicações: história, poder, direitos*, São Paulo: Paulus, 2011, p. 28 e JAMBEIRO, Othon, *A TV do Brasil no século XXI*, Salvador: EDUFBA, 2001, p. 46.

⁴³ Conforme dados do IBGE de 1937. Disponível em: http://seculoxx.ibge.gov.br/images/seculoxx/arquivos_download/cultura/1938/cultura1938_aeb29_a_30.pdf, acesso em 17.Set.2018.

A expansão das atividades econômicas, nesse período, marcou o crescimento do mercado de consumo. Esse fato alavancou o investimento de patrocinadores e as rádios tornaram-se bem-sucedidas comercialmente. No fim dos anos 30, o rádio já recebia massivo aporte em publicidade, passando a disputar com os jornais essa fatia de remuneração⁴⁴. Não havia como os jornais competirem com essa nova forma de comunicação:

Como ambas as soluções se mostraram impossíveis, eles passaram a disputar concessões para exploração do novo meio e a pressionar concessionários amadores a vender as concessões para interesses comerciais. Morrem então os rádio-clubes, que são substituídos por empresas, muitas delas de propriedade dos mesmos grupos econômicos e políticos que controlavam os meios impressos.

Melvin L. DeFleur e Sandra Ball-Rokeach⁴⁵ explicam que, na Nova York dos anos 20, os homens do rádio se debatiam com a questão da forma adequada de sustentação financeira. Foi então que uma comissão de executivos teve a ideia de criar um fundo cujo dinheiro viesse diretamente dos ouvintes.

Embora entrasse um fiozinho de recursos, a maioria dos ouvintes decidiu que preferia ouvir o que quer que aparecesse em vez de pagar diretamente do próprio bolso para garantir a qualidade elevada nos programas. Tal resposta tipifica o sentimento da maioria ainda hoje. Também explica, em parte, porque o público acabou aceitando mensagens publicitárias como meio de financiar as irradiações. Preferiam antes suportar alguns comerciais discutíveis do que pagar diretamente por seu divertimento⁴⁶.

Com a televisão não foi diferente. Ela “nasceu” financiada por quatro dos maiores anunciantes dos Diários Associados, de Assis Chateaubriand:

⁴⁴ Othon Jambeiro relata, em seu trabalho que: “Entre 1928 e 1935 vieram para o Brasil várias agências de publicidade americanas, entre as quais algumas das maiores do mundo: J.Walter Thompson, McCann Erickson, Lintas e Standard. Vieram acompanhando investimentos industriais de empresas transnacionais para quem já trabalhavam no exterior. Essas agências tiveram um importante papel no desenvolvimento da radiodifusão no Brasil, particularmente porque foram elas que passaram a desviar verbas de propaganda de jornais e revistas para aplicação no rádio. Mais que isso, na verdade essas agências estrangeiras tiveram um decisivo papel na elaboração e sedimentação de uma economia para o rádio: assim como já vinham fazendo com os jornais e revistas, elas capturavam e distribuíam verbas publicitárias para o rádio, produziam ou ajudavam a produzir programas voltados para as novas massas consumidoras e assim moldaram a radiodifusão brasileira à imagem do modelo americano”. Opus cit., p. 46 e 27.

⁴⁵ DEFLEUR, Melvin L., BALL-ROKEACH, Sandra, *Teorias da Comunicação de massa*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 121.

⁴⁶ Idem, *ibidem*.

Esse transmissor foi erguido, pois, com a prata da casa; isto é, com os recursos de publicidade que levantamos sobre a prata Wolf e outras não menos macias pratas da casa: a Sul América, que é o que pode haver de bem brasileiro; as lãs Sams, do Moinho Santista, arrancadas ao coro das ovelhas do Rio Grande e, mais que tudo isso, ao Guaraná Champanhe da Antártica, que é a bebida dos nossos selvagens, o cauim dos bugres do Pantanal mato-grossense e de trechos do vale amazônico⁴⁷.

Vivendo a euforia industrial brasileira impulsionada pelo então presidente Juscelino Kubitschek, a indústria eletrônica buscou desenvolver tecnologia própria, no Brasil, a fim de baratear o custo dos receptores de televisão. Isso feito, o aparelho passa a fazer parte da vida de mais brasileiros, alcançando também, os de baixa renda⁴⁸.

A primeira lei federal editada para reger as regras televisivas de modo sistêmico só aconteceu doze anos depois da primeira televisão ir ao ar, a Lei 4.117/62, conhecida como Código Brasileiro de Telecomunicações, definiu o serviço de telecomunicações⁴⁹ como a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético, sendo que a telefonia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada ou de sons⁵⁰ e a radiodifusão como o serviço destinado a ser recebido direta e livremente pelo público⁵¹ em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão⁵².

⁴⁷ RIBEIRO, Ana Paula, SACRAMENTO, Igor, ROXO, Marco, *História da Televisão no Brasil, do início aos dias de hoje*, São Paulo: Contexto, 2010, p. 18.

⁴⁸ AMORIM, Edgar de Souza, *História da TV Brasileira*, Cadernos de Pesquisa, São Paulo: Centro Cultural, 2008, p.s. 10 a 12

⁴⁹ Essa definição foi considerada atual, pelo Ministro Relator Celso Melo, em seu voto, na ADI 561/2001, publicado no DJU em 23/03/2001, proposta pelo Partido dos Trabalhadores em face do Presidente da República, "Tenho para mim, presentes essas considerações, que a noção conceitual de telecomunicações – não obstante os sensíveis progressos de ordem tecnológica registrados nesse setor constitucionalmente monopolizados pela União Federal – ainda subsiste com o mesmo perfil e idêntico conteúdo, abrangendo, em consequência, todos os processos, formas e sistemas que possibilitam a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais escritos, imagens, sons e informações de qualquer natureza. Em uma palavra: o conceito técnico-jurídico de serviços de telecomunicações não se alterou com o advento da nova ordem constitucional." (p. 88).

⁵⁰ Artigo 4º da Lei 4117/62.

⁵¹ Diferente do sistema *public service*, disseminado na Europa ocidental e em algumas ex-colônias europeias, compreende variações mas substancialmente pensa sobre si mesmo como tendo um só objetivo: dar ao público não o que ele quer mas o que ele necessita, como concebido no interior do próprio aparato do sistema. Tendo como mote educar, entreter, informar, seu suporte financeiro é composto por compulsória contribuição da audiência geral do meio (a *license fee* na Inglaterra, por exemplo, é paga anualmente por cada residência que possua aparelho de TV, e custa o equivalente a 120 dólares, aproximadamente), fundos públicos e, em alguns casos, publicidade.

⁵² Artigo 6º, 'd' da Lei 4117/62.

E aí, estabeleceu-se o grande calcanhar de Aquiles: o sinal de televisão é aberto ao público. Bastava pagar pela energia elétrica para receber livremente entretenimento (novelas, programas de calouros), informação (jornais), cultura. O financiamento das televisões, como do rádio passou a ser feito pela publicidade.

Em 1956, em São Paulo, as três emissoras de TV reunidas arrecadaram mais dinheiro publicitário que as treze emissoras de rádio paulistas juntas. A televisão começava a se estabelecer como veículo de comunicação de maior predileção para os anunciantes⁵³.

A falta de planejamento político relativo ao setor, além do custo de implantação da estrutura que possibilita a geração do sinal de rádio e televisão foram dois fatores determinantes para que os meios de comunicação eletrônica se firmassem como comercial, para manter-se no ar e de propriedade privada, afinal, apenas o empresário abastado poderia dar conta de financiar o empreendimento da instalação do sistema irradiante⁵⁴.

Essa estrutura perdura até hoje.

O custo de produção de conteúdo televisivo de qualidade é muito alto, chegando, muitas vezes, às casas dos milhões, e só se viabiliza quando é atrativo ao público.

É o público que determina o horário nobre e que estimula o mercado de propagandas que financiam a estrutura da produção do conteúdo e de sua veiculação.

As televisões educativas são proibidas de receber proventos oriundos de propaganda comercial e nesse caso dependem de outra renda. Canais como a Televisão Cultura, com conteúdo educativo de qualidade, dependem de ajuda externa⁵⁵.

Ora, o meio de comunicação mais usado no Brasil, é restrito pela própria escassez do espectro. Para se colocar informação ao ar, por meio de ondas eletromagnéticas (televisão e rádio), é preciso uma gestão do espectro, já que existe

⁵³ Idem, *ibidem*.

⁵⁴ O mesmo se deu com a prensa. Apenas as pessoas com dinheiro poderiam comprar o equipamento de prensa para fazer publicação em larga escala.

⁵⁵ A Televisão Cultura é uma entidade vinculada à Fundação Padre Anchieta que, para se manter recebe auxílio do Governo do Estado de São Paulo. Para se ter uma ideia, o orçamento da Fundação para o ano 2016, constante no Decreto nº 61.802, de 14 de janeiro de 2016, consigna uma dotação orçamentária de R\$ 165.955.970, sendo a dotação do Governo do Estado de São Paulo R\$ 106.155.970, receitas próprias, R\$ 59.800.000, estabelecendo o contingenciamento dos recursos provenientes do Governo do Estado de São Paulo no montante de R\$ 6.846.132. Disponível em: http://publicador.tvcultura.com.br/upload/fpa/sic/20160511131258_20160511-demonstracoes-cont-beis-2015-14.pdf, acesso em 17.Set.2018.

um limite na ionosfera por onde as ondas propagam. Esse fato por si só já é um limitador à entrada de novos *players*.

Se não bastasse a gestão física do espectro, há ainda a questão econômica.

Essa estrutura de mercado, além de inviabilizar a pluralidade de empresas de produção de conteúdo, limita a competição existente entre os próprios canais existentes, já que existe uma disputa pelo bolo publicitário⁵⁶.

Algumas das leis do setor limitam a propriedade cruzada dos meios de comunicação a fim de inviabilizar que produtora de conteúdo, empresa de telecomunicação e empresa de comunicação possam, de alguma forma, formar grupo econômico, mas o mercado dita regras diferentes.

Em um e em outro caso, por mais diferentes que sejam os conteúdos culturais, há concentração da indústria cultural. A imprensa, o rádio, a televisão, o cinema são indústrias ultraligeiras. (...) Entretanto, essa indústria ultraligeira está organizada segundo o modelo da indústria de maior concentração técnica e econômica. No quadro privado, alguns grandes grupos de imprensa, algumas grandes cadeias de rádio e televisão, algumas sociedades cinematográficas concentram em seu poder o aparelhamento (rotativas, estúdio) e dominam a comunicação de massa. No quadro público, é o Estado que assegura a concentração.⁵⁷

A pergunta que fica é: como tornar o meio de comunicação, seja ele rádio, televisão, internet ou meio impresso, um organismo autopiético, ou seja, que funcione de forma sistêmica e independente? É possível um modelo assim?

A resposta não é fácil e deve ser construída a muitas mãos e cabeças.

Se o meio de comunicação, como se viu, é uma das formas da garantia do estado democrático, ou seja, se ela existe para comunicar a informação e pontos de vista, o que garante a democracia, em última instância, cria condições para o exercício legítimo de poder: poder como representação dos valores e interesses dos cidadãos expressos por meio de seu debate na esfera pública, portanto, se preza a fazer um balanço (no sentido de *checks and balances*) da ingerência do Estado e assim sendo, não pode pertencer a ele.

Mas o Estado pode participar de forma ativa nos meios de comunicação, como já o faz, investindo dinheiro. O investimento de dinheiro público na comunicação, é feito hoje, na forma de publicidade do governo.

⁵⁶ A televisão aberta recebe em média 60% da verba publicitária destinada aos meios de comunicação, sendo que disso, só a Rede Globo recebe mais da metade disso.

⁵⁷ MORIN, Edgar, *Cultura de massas no século XX*, 10a edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 14.

Tabela 02 – participação no bolo publicitário das Estatais entre 2000 e 2013⁵⁸.

O BOLO PUBLICITÁRIO DAS ESTATAIS (ENTRE 2000 E 2013)	
	Em R\$
Grupo Globo (inclui a revista Época)	5,2 bilhões
Record	1,3 bilhão
SBT	1,2 bilhão
Abril (inclui a revista Veja)	523 milhões
Istoé	179 milhões
Folha de S.Paulo (inclui 50% do Valor Econômico)	266 milhões
O Estado de S. Paulo	188 milhões
CartaCapital	44,3 milhões

Esse investimento, além de ser feito de forma mais equilibrada entre as emissoras, pode ser destinado à produção de conteúdos que valorizem o fomento à cultura local, regional, a educação ambiental, entre tantos outros temas importantes para o desenvolvimento nacional.

Com isso, garante a sustentabilidade econômica dos meios de comunicação e garante às gerações um maior espaço de inserção e de comunicação.

Outro mecanismo de financiamento dos meios de comunicação está no investimento dos fundos setoriais.

A UNESCO publicou o “Relatório sobre Ciência 2010” sobre o atual *status* da ciência em torno do mundo e delimitou que:

A mais significativa inovação no financiamento federal de P&D no Brasil nos últimos 20 anos foi a criação dos fundos setoriais, determinada por lei entre 2000 e 2002 (INTERACADEMY COUNCIL, 2006, p.79). Esses fundos setoriais introduziram alvos para projetos de P&D selecionados pelo governo em benefício da indústria e cortes nos impostos cobrados sobre a receita de certas indústrias selecionadas para privatização ao longo desse período.

O conceito de fundos setoriais surgiu a partir do reconhecimento de que muitas empresas estatais em vias de serem privatizadas eram fortes em termos de P&D, principalmente nos campos de telecomunicações e energia, e de que essas atividades mereciam ser não apenas protegidas, mas também, intensificadas.

O modelo de fundo setorial foi criado por Ronaldo Sardenberg, Ministro da Ciência e Tecnologia na época pelo Secretário Executivo do ministé-

⁵⁸ Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/midiatico/sobre-publicidade-estatal-e-transparencia-7735.html>, 06/06/2017.

rio, Carlos Pacheco. Os fundos setoriais resultaram ser muito bem-sucedidos.

Em vez de criarem qualquer novo imposto, redirecionaram a cobrança de impostos e relacionaram contribuições que já faziam parte da estratégia do país em privatização.

Reconhecendo a heterogeneidade do Brasil e do seu sistema de P&D, a legislação aprovada entre 1999 e 2002 especificou que pelo menos 30% do valor de cada fundo setorial seria usado para desenvolver as regiões com atividades mais frágeis de P&D, a saber: as Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste do Brasil.^{59 60}

O projeto Banda Larga⁶¹ para Todos (chamado também de Brasil Inteligente) é um exemplo de como pode ser investido recursos de fundos setoriais para fomentar os caminhos da comunicação. O projeto prevê fornecer banda larga por fibra óptica a 70% das cidades brasileiras, que representam 95% da população⁶². Existe ainda a previsão da melhora da conectividade em todas as escolas públicas do país.

Essas são apenas algumas das formas de mudar o cenário do mercado de comunicação, de forma a atender a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, garantindo existência digna, conforme os ditames da justiça social, com a defesa do meio ambiente⁶³.

⁵⁹ Página 38 do “Relatório sobre Ciência 2010 - o atual *status* da ciência em torno do mundo”.

⁶⁰ Em relação aos Fundos Setoriais, destacamos: “Os Fundos Setoriais de Ciência e Tecnologia, criados a partir de 1999, são instrumentos de financiamento de projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação no País. Há 16 Fundos Setoriais, sendo 14 relativos a setores específicos e dois transversais. Destes, um é voltado à interação universidade-empresa (FVA – Fundo Verde-Amarelo), enquanto o outro é destinado a apoiar a melhoria da infraestrutura de ICTs (Infraestrutura). As receitas dos Fundos são oriundas de contribuições incidentes sobre o resultado da exploração de recursos naturais pertencentes à União, parcelas do Imposto sobre Produtos Industrializados de certos setores e de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) incidente sobre os valores que remuneram o uso ou aquisição de conhecimentos tecnológicos/transferência de tecnologia do exterior. Com exceção do Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações (FUNTTEL), gerido pelo Ministério das Comunicações, os recursos dos demais Fundos são alocados no Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT) e administrados pela Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP), como sua Secretaria Executiva. Os Fundos Setoriais foram criados na perspectiva de serem fontes complementares de recursos para financiar o desenvolvimento de setores estratégicos para o País.” in http://www.finep.gov.br/fundos_setoriais/fundos_setoriais_ini.asp, acesso em 14/08/2011.

⁶¹ Decreto 7.175/2010.

⁶² Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2014/03/banda-larga-popular-ja-esta-em-mais-de-4-500-municipios>, 31/05/2017.

⁶³ Constituição Federal: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus proces-

A sustentabilidade está presente na garantia da manutenção desses meios, desses espaços de comunicação, para garantir às gerações futuras que elas tenham acesso aos meios de comunicação variados (por ondas eletromagnéticas, pela transmissão de dados ou pelo veículo impresso) e com conteúdos produzidos de forma diversificada. A visão sistêmica ou o desenvolvimento multidimensional ou ainda a educação transformadora, todas essas visões de um todo passam por rejeitar visões reducionistas da ecologia e intransigente do economismo restrito e preconizar uma via intermediária, a meio caminho entre o pessimismo dos malthusianos que denuncia o perigo do esgotamento dos recursos e o otimismo dos teóricos da abundância que acreditam nas soluções tecnológicas.⁶⁴

6 O USO DE TECNOLOGIA COM OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

O princípio da precaução foi formulado pelos gregos e significa ter cuidado e estar ciente. Precaução relaciona-se com a associação respeitosa e funcional do homem com a natureza⁶⁵. Trata das ações antecipatórias para proteger a saúde das pessoas, dos ecossistemas e dos setores da economia que podem, de alguma forma, causar efeitos adversos à saúde humana e ao meio ambiente.

O princípio da precaução foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Convenção de Nova York de 9/05/1992 (Decreto Legislativo nº01 de 03/02/1994) e Convenção do Rio de Janeiro de 1992 (Decreto Legislativo 02 de 03/02/1994), mas já estava prevista na Constituição Federal, na forma dos incisos⁶⁶ do parágrafo primeiro do artigo 225.

Considerando que a comunicação social tem sido frequentemente associada ao desenvolvimento tecnológico dos meios de veiculação de conteúdo e à ampliação quantitativa de seus destinatários⁶⁷, e que isso envolve instalação de antenas

de elaboração e prestação.

⁶⁴ SACHS, Ignacy, *Estratégias de transição para o século XXI*. In RAYNAUT, Claude e ZANONI, Magda, *Cadernos de desenvolvimento e meio-ambiente*. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná, 1994. p. 47.

⁶⁵ Disponível em: <http://www.mma.gov.br/informma/item/7512,06/06/2017>.

⁶⁶ Constituição Federal: "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético"

⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto, *Constituição, comunicação social e as novas plataformas tecnológicas*, artigo publicado no site: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-12-NOVEMBRO>

em terrenos que possam promover o alcance da comunicação, emissão de radio-frequências e outras medidas necessárias à implantação do sistema, é importante compreender de que forma isso pode impactar o ambiente e buscar previni-lo.

Assim, citam-se dois exemplos.

Discutiu-se na Ação Popular sobre a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol⁶⁸ se era possível conciliar as terras indígenas com a visita de não índios e abertura de vias de comunicação e montagem de bases físicas para prestação desse serviço que é público.

O Supremo Tribunal entendeu que a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas era possível.

Outro caso cuida de Recurso Extraordinário nº627189 em que se discutiu sobre a redução do campo magnético das linhas de transmissão (assunto também discutido em relação às emissões de radiofrequência).

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator (Dias Toffoli) deu provimento ao recurso extraordinário, para o fim de se julgarem improcedentes ambas as ações civis públicas, firmando a tese de que no atual estágio do conhecimento científico, ainda é incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica. Assim, entendeu que devam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009.

Existe uma abordagem menos óbvia à aplicação do princípio da precaução que se relaciona ao conteúdo e a maneira como se comunica. Nesse setor, o risco que se corre não se limita ao ambiente (nas questões de instalações, como se viu), mas extrapola sobre a precaução dos riscos futuros, possíveis, decorrentes do desempenho humano.

Caso emblemático, nesse sentido, destacado por Solange Teles⁶⁹:

-2007-LUIS%20ROBERTO%20BARROSO.pdf. Agosto, 2011.

⁶⁸ Petição 3388/Roraima, Ministro Relator Carlos Britto, Julgado pelo Tribunal Pleno em 19/03/2009, publicado em 01/07/2010.

⁶⁹ TELES, Solange, Direito à informação ambiental. IN SAMPAIO, Rômulo S. R.; LEAL, Guilherme J. S.; REIS, Antonio Augusto (orgs.). *Tópicos de Direito Ambiental: 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente*. FGV: Rio de Janeiro, pp. 425-441.

[...] em 2011, no Supremo Tribunal Federal (STF), o ministro Joaquim Barbosa concedeu liminar à organização não governamental Projeto Esperança Animal (PEA), suspendendo a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), na apelação cível 994.09.335664-7, que proibiu a entidade de vincular os organizadores da Festa do Peão de Boiadeiro de Barretos – “Os Independentes” – à tortura ou maltrato de animais. De acordo com a reclamante, o objetivo da ação era “silenciar denúncia de maus tratos de animais em rodeios promovida pelo reclamante por meio de seu sítio na rede mundial de computadores (www.pea.org.br)”.

Considerando a definição da Ministra Carmen Lúcia sobre o princípio da precaução na ADPF nº101/DF⁷⁰, e considerando que o ambiente comunicacional deve ser sustentável, como forma de garantir espaço e conteúdo para as gerações futuras, é possível extrapolar aplicação da precaução em relação à busca da proteção das condições de respeito à saúde, integridade física e mental, considerando o indivíduo e a sociedade na integridade.

CONCLUSÃO

O princípio 19 da Declaração de Estocolmo (Conferência das Nações Unidas de 1972) dispõe que:

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

Falar sobre comunicação algo mais sofisticado do que falar apenas sobre o meio pelo qual se transmite informação e conteúdo. A comunicação como fun-

⁷⁰ “O princípio da precaução vincula-se, diretamente, aos conceitos de necessidade de afastamento de perigo e necessidade de dotar-se de segurança os procedimentos adotados para garantia das gerações futuras, tornando-se efetiva a sustentabilidade ambiental das ações humanas. Esse princípio torna efetiva a busca constante de proteção da existência humana, seja tanto pela proteção do meio ambiente como pela garantia das condições de respeito à sua saúde e integridade física, considerando-se o indivíduo e a sociedade em sua inteireza”. ADPF 101 / DF, Relatora: Ministra Carmen Lucia, julgamento em 24/06/2009, publicado em 01/06/2012.

damento da sociedade humana, “cria novas formas de ações e interações, novos tipos de relações e, portanto, novos modos de se relacionar”⁷¹.

Nada melhor para garantir a sustentabilidade das relações e a possibilidade do diálogo. Isso porque cria vínculos sociais entre os cidadãos, relação de confiança e a confiança é o recurso central do se constitui a sociedade⁷².

São tempos paradoxais.

Enquanto a tecnologia distancia as pessoas, criando para cada qual uma realidade virtual, criando gerações de ‘indigentes sensoriais’⁷³ e distanciando as pessoas da sua condição social, no espaço público de interação conjunta, nunca foi tão rica a possibilidade de conhecer e de informar por meios de comunicação eletrônica de massa,

Nesse cenário, é possível conceber um conteúdo de programação com “pegadas” ecológicas, sim, é. É possível depender dos meios de comunicação para esse processo de mudança? Depende.

A relação humana com a informação passa pelo processo da educação formal e informal, além de processos cognitivos complexos.

Pensar em sustentabilidade comunicacional significa pensar em, ao menos, duas questões importantes: (i) como manter o canal de comunicação aberto e possibilitar negociações entre pontos de vista diferentes quando existe tanta manipulação do discurso nos meios sociais e (ii) como ter domínio (no sentido de conhecimento) sobre o conteúdo do que se comunica.

Possivelmente há mais que uma solução a ser construída para isso, mas certamente nos dois casos, há uma fórmula imprescindível que transcende a educação formal: a tolerância.

Num mundo em que se privilegia comunicar o terror (que arma melhor de conter a sociedade e justificar atrocidades às garantias individuais que o terror?), é preciso ter um contraponto, uma forma de equilíbrio. Por isso a importância de se compreender, sem maniqueísmos e sem complexos, o discurso do ódio e o que a tolerância no diálogo represente para a sociedade.

⁷¹ SOLITO, Laura. *Convivência e responsabilidade: a comunicação entre cidadãos e instituições*. In LOPES, Maria Immacolata Vassalo de Lopes e BUONANNO, Milly, *Comunicação social e ética*. Coleção de Colóquios Internacionais da Intercom, vol. 8. São Paulo: Intercom, 2005, p. 194/195: Em termos sociológicos, comunicação de derivação interacionista e fenomenológica.

⁷² Laura Solito destaca, nesse aspecto, a experiência italiana dos cidadãos terem tão pouca confiança nas instituições públicas. Isso é o que ela chama de *partnership*, que é essa relação de confiança comunicacional.

⁷³ CENEVIVA, Walter Vieira, *A (r)evolução tecnológica e a sociedade do desconhecimento*, artigo ‘no prelo’.

Dessa forma, há que se pensar o direito comunicacional e o desenvolvimento sustentável em outro nível, com uma visão mais profunda da maneira como a comunicação impacta o mundo e seus reflexos em outras áreas. Esse pensamento sistêmico de Luhmann⁷⁴ nunca foi tão importante⁷⁵.

A concepção de um desenvolvimento multidimensional em perpétua transformação e sensível à ação dos homens é suficiente para evidenciar a responsabilidade de cada geração em relação às que lhe seguirão. E essa ação humana levanta duas questões estreitamente ligadas: a da decifração dos mecanismos que a animam e a questão de sua orientação⁷⁶.

Garantir pluralidade de meios, diversidade de conteúdo, financiamento sustentável, precaução nas condutas, nada disso garante um legado às gerações futuras se o microfone que leva a voz humana para os transmissores e destes para a imensidade dos espaços, simplesmente não tiver sentimentos humanos para traduzir.

A voz que se transmite e as palavras se articulam nos meios de comunicação “penetram em todos os lares, influem em todos os espíritos, criam novas convicções, estabelecem formas diferentes de vida, independentemente de fronteiras, porque o mundo para a radiodifusão é um só.”⁷⁷

Mas, antes de mais nada, é preciso o conhecimento da realidade em que vivemos, e propor mecanismos de mudança para que entender qual é o espaço público ou privado de comunicação, qual a mensagem que se quer mandar e mais que tudo, o que disso tudo se quer legar.

É isso que “possibilitará estabelecer as inter-relações entre os fatos, em vez de percebê-los como capítulos de mais uma novela, em detrimento das discussões sobre os rumos que desejamos para a nossa sociedade”.⁷⁸

⁷⁴ Opus cit.

⁷⁵ “O órgão só pode viver se o organismo assume suas finalidades e o organismo só pode manter-se se os diferentes órgãos estão em condições de assegurar suas próprias funções.” PASSET, René, A co-gestão do desenvolvimento econômico da biosfera. In RAYNAUT, Claude e ZANONI, Magda, *Cadernos de desenvolvimento e meio-ambiente*. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná, 1994. p. 25.

⁷⁶ PASSET, René, opus cit. p. 23.

⁷⁷ LOPES, Saint-Clair, *Fundamentos Jurídico-Sociais da Radiodifusão*, 1ª edição, Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1957, p. 39.

⁷⁸ BACCEGA, Maria Aparecida. Comunicação/Educação: aproximações, in HAMBURGER, Esther (orgs), *a TV aos 50, criticando a televisão no seu cinquentenário*, São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 97.

REFERÊNCIAS

- ABDALLA JR, Humberto; RAMOS, Murilo César. Edgard Roquette-Pinto: o que ele tem a ver com o rádio digital. In: BARBOSA FILHO, André; CASTRO, Cosette; TOME, Takashi. *Mídias digitais: convergência tecnológica e inclusão social*. São Paulo: Paulinas, 2005. (Col. comunicação-estudos).
- AMORIM, Edgar de Souza. História da TV Brasileira. *Cadernos de Pesquisa*, vol.11. São Paulo: Centro Cultural, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, comunicação social e as novas plataformas tecnológicas*, artigo publicado no site: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-12-NOVEMBRO-2007-LUIS%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Agosto, 2011.
- BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. *Uma história Social da Mídia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.
- CENEVIVA, Walter Vieira. *A (r)evolução tecnológica e a sociedade do desconhecimento*, artigo 'no prelo.
- COMPARATO, Fabio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. *Revista da USP*, São Paulo, n. 48, dez./fev. 2000/2001.
- CORTEZ, Glauco Rodrigues. *Espaço público de comunicação e o jornalismo na antiguidade*. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, V Congresso Nacional de História da Mídia, São Paulo, 2007, disponível em: <http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/encontros-nacionais/5o-encontro-2007_1/Espacos%20de%20Comunicacao%20e%20o%20Jornalismo%20na%20Antiguidade.pdf>, acesso em 17.Set.2018.
- DEFLEUR, Melvin L.; BALL-ROKEACH, Sandra. *Teorias da Comunicação de massa*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.
- JAMBEIRO, Othon. *A TV do Brasil no século XXI*. Salvador: EDUFBA, 2001.
- LENZI, Cristiano Luis. *A política democratia da sustentabilidade: os modelos deliberativos e associativos de democracia ambiental*. Ambiente e Sociedade, Campinas, vol. 12, n. 1, jan/jun 2009, disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2009000100003>, acesso em 17.Set.2018.
- LIMA, Venâncio Arthur de. *Regulação das Comunicações*. São Paulo: Paulus, 2011.
- LOPEZ, Saint-Claire, Fundamentos jurídicos-sociais da radiodifusão, 1a edição, Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1957.
- LOUREIRO, Carlos Frederico. *Educação ambiental transformadora*. Disponível em: <http://files.zeartur.webnode.com.br/200000044-e06b4e1651/Identidades_EA_Brasileira.pdf#page=67>, acesso em 17.Set.2018.
- LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. 2ª edição, São Paulo: Paulus, 2011.
- MATTOS, Sérgio. *História da Televisão Brasileira*. Petrópolis: Vozes, 2010.
- MORAES, Fernando. *Chatô – o rei do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.
- MORIN, Edgar. *Cultura de massas no século XX*. 10a edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. *A Inteligência da Complexidade*. São Paulo: Petrópolis, 2000.

PIERANTI, Octavio Penna; MARTINS, Paulo Emílio M.. *O Código Brasileiro de Telecomunicações e a Política de Expansão da Radiodifusão: a Ação do Empresariado como Grupo de Pressão*, Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, XXIX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – UnB – 6 a 9 de setembro de 2006, disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2006/resumos/R1071-1.pdf>>, acesso em 17.Set.2018.

RIBEIRO, Ana Paula; SACRAMENTO, Igor; ROXO, Marco. *História da Televisão no Brasil, do início aos dias de hoje*. São Paulo: Contexto, 2010.

SABBATINI, Marcelo. Comunicação libertadora segundo Paulo Freire. In: MELO, José Marques; FERNANDES, Guilherme Moreira. *Pensamento Comunicacional brasileiro – história e sociedade*. São Paulo: Paulus, 2014.

SODRÉ, Muniz. *O monopólio da fala*. 8ª edição, Petrópolis: Vozes, 2010.

SOBRINHO, Barbosa Lima, Os idiomas nacionais e o fator político. In: MELO, José Marques e FERNANDES, Guilherme Moreira. *Pensamento Comunicacional brasileiro – história e sociedade*. São Paulo: Paulus, 2014, p. 193/194.

SOLITO, Laura. Convivência e responsabilidade: a comunicação entre cidadãos e instituições. In: LOPES, Maria Immacolata Vassalo de Lopes; BUONANNO, Milly. *Comunicação social e ética*. Coleção de Colóquios Internacionais da Intercom, vol. 8. São Paulo: Intercom, 2005.

SACHS, Ignacy. Estratégias de transição para o século XXI. In: RAYNAUT, Claude; ZANONI, Magda. *Cadernos de desenvolvimento e meio-ambiente*. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná, 1994.

TELES, Solange, Direito à informação ambiental. In: SAMPAIO, Rômulo S. R.; LEAL, Guilherme J. S.; REIS, Antonio Augusto (orgs.). *Tópicos de Direito Ambiental: 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente*. FGV: Rio de Janeiro.

A TRANSNACIONALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E O ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

THE TRANSNATIONALITY OF THE HUMAN RIGHTS AND LEGAL EDUCATION IN BRAZIL

Samyra H. Dal Farra Naspolini

Doutora em Direito pela PUC/SP. Professora e Pesquisadora do Mestrado e Doutorado em Direito da UNIMAR e do Mestrado da FMU. Professora da FADI Diretora Executiva do CONPEDI.

Vladmir Oliveira da Silveira

Professor Titular da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduação em Direito e Graduação em Relações Internacionais pela mesma Universidade. E-mail: vladmir@aus.com.br

AUTORES CONVIDADOS

Resumo: O presente artigo possui por objeto de estudo as críticas que recebe o Ensino Jurídico no Brasil e os Direitos Humanos como matéria estudada nos Cursos de Direito. A problemática geral com a qual trabalha é a de se, identificadas no Ensino Jurídico no Brasil as críticas que serão apresentadas, teria o ensino dos Direitos Humanos alguma possibilidade de realizar modificações nesta situação? A hipótese da pesquisa é a de que, pela sua natureza, a matéria estudada em Direitos Humanos possui elementos que podem, quando bem trabalhados pelos docentes e discentes, superar alguns problemas antigos e bastante arraigados do Ensino Jurídico. Neste sentido, o objetivo da pesquisa é verificar as possibilidades da hipótese levantada. A falta de preparo dos egressos dos cursos de Direito não é novidade, e revela a má qualidade do ensino nas Faculdades de Direito de nosso país. O despreparo é generalizado atingindo tanto a formação científica quanto a técnica. Para tanto, no primeiro item do artigo são estudadas as várias críticas ao Ensino Jurídico que podem ser subdivididas em: questões estruturais, questões funcionais e questões operacionais. No âmbito da estrutura verificam-se críticas ao paradigma epistemológico. No âmbito funcional, críticas à formação para o mercado de trabalho que levam a problemas de identidade e legitimidade dos bacharéis. Por fim, no âmbito operacional as críticas serão dirigidas à metodologia didático-pedagógica e ao currículo dos cursos. No último item essas críticas são reapresentadas em contraponto com o conteúdo, metodologia e conceitos transnacionais que podem ser trabalhados ao se ministrar os Direitos Humanos no curso de graduação em Direito. Trata-se de um estudo descritivo e exploratório, desenvolvido com base na pesquisa bibliográfica e histórica para qual se utiliza do método indutivo. Na Conclusão recupera-se a hipótese de trabalho e verifica-se que existem várias

potencialidades na matéria de Direitos Humanos para se superar os problemas do Ensino Jurídico, levando a uma formação interdisciplinar, política e emancipatória dos discentes.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos; Educação Jurídica; Metodologia de Ensino do Direito; Direito Educacional; Transnacionalidade.

Abstract: *The purpose of this article is to study the criticisms that the Legal Education receives in Brazil and Human Rights as a subject to be studied in Law Courses. The general problem is that, identified the criticisms, would the teaching of Human Rights have any possibility of making any change in such situation? The hypothesis of the research is that, by its nature, the subject studied in Human Rights has elements that can, when well worked by teachers and students, overcome some old and deeply rooted problems of Legal Education. In this sense, the objective of the research is to verify the possibilities of the hypothesis herein raised. The lack of preparation of graduates of Law courses is not new, and reveals the poor quality of teaching in the Faculties of Law in Brazil. Unpreparedness is widespread, reaching both scientific and technical training. Therefore, the first item of the article examines the various criticisms of Legal Education that can be subdivided into: structural, functional and operational issues. Within the framework of the structure, criticisms are verified to the epistemological paradigm. In the functional scope, criticisms are addressed to the training for the job market that lead to problems of identity and legitimacy of the bachelors. Finally, in the operational scope, criticisms will be directed to the didactic-pedagogical methodology and to the curriculum of the courses. In the last item, these criticisms are presented in counterpoint with the content, methodology and transnational concepts that can be worked out in the administration of Human Rights in graduation in Law. It is a descriptive and exploratory study, developed based on the bibliographical and historical research for which the inductive method is used. In the Conclusion, the hypothesis is recovered and it is verified that there are several potentialities in the Human Rights field to overcome the problems of Legal Education, leading to an interdisciplinary, political and emancipatory formation of the students.*

Keywords: *International Law of Human Rights; Legal Education; Teaching Methodology of the Law; Educational Law; Transnationality.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Críticas ao Ensino Jurídico. 3. Os Direitos Humanos no Ensino Jurídico. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo possui por objeto de estudo as críticas que recebem o Ensino Jurídico no Brasil e os Direitos Humanos como matéria estudada nos Cursos de Direito.

A problemática com a qual se trabalha é a de se, identificadas no Ensino Jurídico no Brasil as críticas que serão apresentadas, teria o ensino dos Direitos Humanos alguma possibilidade de realizar modificações nesta situação? Em outras palavras e apresentando a hipótese da pesquisa, suspeita-se que, pela sua natureza, a matéria estudada em Direitos Humanos possui elementos que podem, quando bem trabalhados pelos docentes e discentes, superar alguns problemas antigos e bastante arraigados do Ensino Jurídico, o qual, em razão desses problemas, continua sofrendo várias críticas.

Para a apresentação de algumas dessas críticas, no primeiro momento verificam-se críticas estruturais, dirigidas ao paradigma epistemológico da ciência do Direito. No âmbito funcional, apresentam-se críticas à formação para o mercado de trabalho, que levam a problemas de identidade e legitimidade dos bacharéis. Por fim, no âmbito operacional as críticas serão dirigidas à metodologia didático-pedagógica e ao currículo dos cursos de graduação em Direito. No último item, essas críticas são reapresentadas em contraponto com o conteúdo e a metodologia que podem ser trabalhadas ao se ministrar os Direitos Humanos no curso de graduação em Direito.

Na conclusão recuperar-se-á a hipótese de trabalho para verificar se a mesma restará comprovada. Trata-se de um estudo descritivo e exploratório, desenvolvido com base na pesquisa bibliográfica e histórica, para qual se utilizará do método indutivo.

2 CRÍTICAS AO ENSINO JURÍDICO

Neste item, utilizar-se-á a subdivisão criada por Aguiar (1991) e Rodrigues (1995), segundo os quais os problemas que o ensino jurídico apresenta podem ser subdivididos em: questões estruturais, questões funcionais e questões operacionais.

Há quinze anos, Rodrigues já afirmava: “a realidade do ensino jurídico no Brasil é que ele não forma, deforma”. Apesar de serem os cursos mais procurados nos vestibulares e formar todos os anos mais profissionais do que podem ser absorvidos pelo mercado de trabalho, existe uma reclamação generalizada por bons profissionais. Isto só pode ser explicado em grande parte pela má qualidade do ensino jurídico. Como pontua o teórico, “É necessário reformulá-lo. Essa é uma constatação geral” (RODRIGUES, 2000, p. 16).

A análise estrutural do ensino do Direito revela que este é ensinado somente com base em manuais que reproduzem o paradigma dogmático da Ciência Jurídica, transformando-o em uma educação conservadora e tradicional, que, a partir do estudo abstrato das normas jurídicas, desconhece as reais necessidades sociais, uma vez que só se restringe à análise da validade destas normas, esquecendo totalmente as questões de sua eficácia e legitimidade.

Neste sentido, é mantida a tradição dos cursos jurídicos no Brasil, de total alienação e despolitização (FARIA, 1987, p. 29). Para que se possa estudar a lei, são deixadas de lado questões de suma importância para o país, tais como corrupção, impunidade, sustentabilidade, Direitos Humanos e desenvolvimento, só para citar alguns exemplos.

A análise funcional do Ensino Jurídico é aquela que leva em conta a qualidade do resultado final deste ensino. Avalia o ensino no seu aspecto de formador de profissionais qualificados (ou não) para o desempenho de suas funções profissionais (ARRUDA, 1988). Em geral, a falta de preparo dos egressos dos cursos de Direito não é novidade e revela a má qualidade do ensino nas Faculdades de Direito de nosso país. O despreparo é generalizado, atingindo tanto a formação científica quanto a técnica.

Ainda que os parâmetros adotados pelos Exames de Ordem e pelos concursos públicos na área jurídica não devam ser utilizados como absolutos para se avaliar a qualidade do ensino da graduação, os números baixíssimos de aprovação nestas provas e concursos comparados ao número de alunos que saem das Faculdades de Direito e que prestam estas avaliações todos os anos, sinalizam que algo não vai bem.

Porém, o número de cursos jurídicos e de vagas em cursos já existentes continua aumentando a cada ano. Algumas razões são apontadas para explicar o número de procura dos alunos por cursos jurídicos e a expansão cada vez maior do número de cursos e de vagas nos cursos já existentes (ADEODATO, 2002, p. 44 – 45). Dentro da lógica da comercialização do ensino, que parece ser a tônica que tem governado as iniciativas no âmbito educacional, principalmente das escolas particulares, os cursos de Direito revelam-se muito rentáveis, pois são de baixo custo para instalação e manutenção.

As aulas-conferência podem ser ministradas por um único professor a um número grande de alunos. Além disso, prescindem de laboratórios especializados e de gastos com biblioteca, uma vez que a pesquisa também não é estimulada pelos professores. Há também o fato de que as Faculdades recrutam seus docentes entre advogados, juízes, promotores e profissionais do Direito que, em geral, já possuem outra fonte de renda e, por isso, poderão receber uma menor remuneração. Por outro lado, os próprios estudantes se sentem beneficiados com a pouca exigência do curso, interessando-se somente pelo diploma. Assim, forma-se um ciclo vicioso: há mais vagas sendo oferecidas nos cursos jurídicos do que em outros cursos, tornando mais fácil a aprovação no vestibular. Por ser um dos cursos com maior facilidade de aprovação nos vestibulares, acaba sendo o mais procurado e, por ser um dos cursos mais procurados nos vestibulares, há maior interesse das Instituições de Ensino em oferecê-los, conseqüentemente havendo mais vagas sendo oferecidas.

Tudo isso levou ao que já foi denominado por Edmundo Arruda, na década de noventa, de mercado de trabalho semi-saturado (RODRIGUES, 1993, p. 17), levando ao desvio de egressos dos cursos de Direito para o mercado parajurídico

(ARRUDA JR., 1989), no qual tais egressos passam a desempenhar funções técnico-burocráticas no âmbito do Estado (RODRIGUES, 1993, p. 17). Importante esclarecer que o semi-saturamento se dá na carreira de profissional liberal, uma vez que, para os concursos públicos, normalmente as vagas não chegam a ser preenchidas, por falta de nota mínima dos candidatos para a aprovação.

Na realidade o “judicialismo”¹ imperante faz com que os estudantes só aprendam as técnicas necessárias para a atuação profissional no âmbito judicial e contencioso. O que leva ao despreparo para lidar com novas atividades emergentes que demandam profissionais atualizados e com visão abrangente acerca do fenômeno jurídico.

Esta questão remete para o problema da identidade e legitimidade dos profissionais do Direito, adequadamente chamados de “operadores jurídicos”, uma vez que não fazem mais do que “operar” com o sistema jurídico, como se este fosse uma máquina.

A formação para a cidadania, na qual o estudo do Direito necessariamente implica, bem como o combate às formas de opressão e exclusão na sociedade brasileira exigem “uma cultura jurídica capaz de ir ao encontro da realidade social, de imaginá-la e construí-la como direito” (UNGER, 2001, p. 10), o que, no geral, não é estimulado de nenhuma maneira em nossas Faculdades.

No que diz respeito às questões didático-pedagógicas, o Ensino Jurídico continua sendo realizado basicamente pela mesma metodologia da época de sua criação, ou seja, a aula-conferência. Também conhecida como “aula coimbrã”, numa alusão ao método praticado na Universidade de Coimbra, a aula-conferência caracteriza-se por ser uma aula expositiva dada para um elevado número de alunos numa mesma sala de aula. O conteúdo desta aula normalmente é o comentário de Códigos por meio do método dedutivo (RODRIGUES, 1993, p. 16).

São recentes as preocupações pedagógicas no âmbito do Ensino Jurídico e enquanto alguns cursos menos tradicionais já começam a recorrer a técnicas pedagógicas mais dinâmicas, participativas e problematizantes, as Faculdades de Direito continuam “como redutos de uma transmissão arcaica do saber jurídico, empreendida, quase sempre, por profissionais bem sucedidos e indiferentes às modernas exigências pedagógicas e metodológicas” (WARAT; CUNHA, 1977, p. 53).

Em razão dessa realidade, os métodos antigos passaram a ser questionados e a aula expositiva foi o centro das atenções. Alguns autores defendem a substi-

¹ “O judicialismo é o que se pratica quando nas faculdades o ensino não vai além de indicar aos alunos a regra material que o Estado prevê para conflitos e o consequente caminho para a sua efetivação pelo juiz” (VILLELA: 1974, p. 43).

tuição do método dedutivo da aula expositiva pelo método indutivo, que pressupõe a aula dialogada e o estudo de casos.

A reprodução da Dogmática Jurídica nos Cursos Jurídicos, segundo FARIA, “leva a uma saturação ideológica no conhecimento do Direito, uma inércia reflexiva, uma falta de interesse no que se refere à mudança social, um certo conformismo e uma inclinação pela adequação de seus conceitos às situações conjunturais” (FARIA, 1988, p 17). Desta forma, os métodos tradicionais são os mais utilizados e o raciocínio jurídico muito pouco estimulado.

Por outro lado, a relação do professor com o aluno é ao estilo tradicional, que vê o aluno como um recipiente vazio de conteúdo que será preenchido pelo conhecimento oriundo do professor. Este, por sua vez, é o detentor do conhecimento e irá transmiti-lo pela educação formal. Essa transmissão autoritária do conhecimento gera, como resposta, a passiva memorização dos alunos, que pode até servir para a obtenção de um título universitário, mas que não habilitam os alunos a decisões maduras e autônomas. Assim, o ensino recebido em sala de aula é o único responsável pela formação do aluno, não havendo nenhuma atividade extraclasse concorrendo para a sua formação.

Por fim, as matrizes curriculares dos Cursos de Direito também têm merecido a atenção das críticas que são dirigidas ao Ensino Jurídico. Tradicionalmente no Brasil o currículo mínimo sempre acabou transformando-se no máximo. Questões de mercado e competitividade das Faculdades são decisivas neste particular. Os currículos são, regra geral, compostos preponderantemente de matérias codificadas, ou seja, dogmáticas. A duração do curso é em média de 5 anos. O currículo é normalmente fixo ou pouco flexível, deixando nenhum ou pouco espaço para a busca de formação autonomamente pelo aluno (RODRIGUES, 1993, p. 16).

Atividades complementares, como pesquisa e extensão e a Monografia de final de curso, só passaram a ser obrigatórias a partir da Portaria n. 1886/94, sendo que antes não eram nem referidas nas grades, fazendo com que a formação do bacharel fosse resultado exclusivo do ensino em sala de aula. Bastava comparecer 5 dias da semana a 4 horas de aulas por dia durante quatro ou cinco anos para ao final obter o diploma (ADEODATO, 2002, p. 44 – 45). Porém, mesmo com a previsão legal, essas atividades têm sido cada vez mais negligenciadas e realizadas apenas para “cumprir tabela”.

A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, na carta de Natal, em 2010, entre outras questões, já apontava que para se realizar uma verdadeira Educação Jurídica, ou seja, algo que vai muito além do simples Ensino Jurídico, é necessário realizar nos cursos de Direito o famoso tripé do ensino, pesquisa e extensão, para

que a formação do bacharel se dê de forma muito mais ampla do que restrita ao ensino na sala de aula.

O mesmo acontece com o Estágio de Prática Jurídica que, apesar de ser de fundamental importância para a formação prática do bacharel, não só como advogado, mas também nas outras carreiras jurídicas, na maioria dos casos resume-se a uma atividade de fachada, relegado ao cumprimento de um serviço assistencialista e restrito a somente algumas atividades, como, por exemplo, o direito de família.

3 OS DIREITOS HUMANOS NO ENSINO JURÍDICO

O presente artigo opta por não reduzir a concepção de Direitos Humanos à sua dimensão normativa, jurídica, uma vez que considera os Direitos Humanos como:

[...] conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional (LUÑO, 1999, p. 43).

Importante salientar que a história dos Direitos Humanos é a história das lutas e das conquistas da humanidade em determinados contextos históricos, políticos e sociológicos considerados violadores de sua dignidade, pelas condições injustas e desumanas que as impõem. Neste sentido, David Sanchez Rubio concebe os Direitos Humanos a partir de dois referenciais:

[...] como articulação de tramas e processos sociais, políticos, econômicos, culturais e jurídicos, de abertura e como a consolidação de espaços de luta por concepções particulares de dignidade humana (RUBIO, 2010, p. 122).

Por esta razão, a pauta de Direitos Humanos, nunca é uma pauta acabada. Na medida em que a sociedade se complexifica e os processos econômicos e tecnológicos vão criando novos contextos e possibilidades de situações e fatos sociais antes inimagináveis, surgem novas necessidades de proteção à dignidade humana e novos sujeitos de direitos a serem protegidos. Assim, os Direitos Humanos serão aqui considerados como fruto de diversas variáveis históricas, que não podem se esgotar em sua dimensão dogmática, e que surgem na vida jurídica mediante um processo dinâmico:

No processo da *dinamogenesis*, a comunidade social inicialmente reconhece como valioso o valor que fundamenta os direitos humanos (dignidade da pessoa humana). Reconhecido como valioso, este valor

impulsiona o reconhecimento jurídico, conferindo orientação e conteúdos novos (liberdade, igualdade, solidariedade etc.) que expandirão o conceito de dignidade da pessoa. Essa dignidade, por sua vez, junto ao conteúdo dos direitos humanos concretos, é protegida mediante o complexo normativo e institucional representado pelo direito (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 199).

Por esses motivos os Direitos Humanos, como objeto de estudo e de ensino, podem levar à problematização dos pressupostos ideológicos e epistemológicos do paradigma dominante de Ciência Jurídica combatendo a redução do Direito à norma formalmente válida. Assim, o ordenamento jurídico pode ser trabalhado como um construído concreto, histórico e cultural, um conjunto de regras em movimento, sujeito a contínua produção e reprodução, onde têm espaço as forças extra legislativas e extra estatais.

A exigência do conteúdo de Direitos Humanos nos concursos públicos e nas provas da OAB, não pode restringir esse conteúdo a questões dogmatizadas e apostiladas em esquemas. Para tanto, são necessárias as abordagens interdisciplinares, sem as quais a Ciência do Direito não poderá superar suas contradições atuais nem ser reintegrada no conjunto das ciências sociais.

Com relação às questões funcionais, inicialmente, um Curso de Direito precisa ter um Projeto Político Pedagógico definido, a partir do perfil do profissional que deseja formar. Da elaboração deste Projeto devem participar, além dos dirigentes da Faculdade, membros do corpo docente e discente, para que haja um consenso sobre o Curso que se quer criar e o consecutivo comprometimento de todos com o Curso aprovado ao final dos trabalhos. É interessante, também que, na elaboração deste Projeto, possa-se contar com a participação de profissionais da área de educação e das ciências sociais.

Na matriz curricular a ser definida, a matéria de Direitos Humanos não deve entrar somente para fornecer conhecimentos dogmáticos que serão cobrados nos concursos. Isso seria condenar os Direitos Humanos à sua dimensão estritamente dogmática, conforme visto acima, descaracterizando por completo a sua essência política e dinâmica. Por ser, pela sua natureza, uma matéria transdisciplinar, esta será melhor trabalhada quando o aluno já possuir habilidades para lidar com o Direito Internacional, História do Direito, Ciência Política, Sociologia do Direito, enfim, temas os quais os Direitos Humanos perpassa e consolida.

Na definição do perfil do profissional que será egresso do curso deve-se levar em conta a necessidade de prepará-los para ser um fomentador da cidadania, trabalhando a serviço da sociedade e utilizando-se do Direito como um instrumento de libertação, emancipação, igualdade e de justiça social efetiva, todos

valores ínsitos nos Direitos Humanos, sem os quais os Direitos Humanos não se concretizam. A educação em Direitos Humanos só se realiza com o desenvolvimento desta preocupação nos alunos e futuros bacharéis.

A interdisciplinaridade, ao contrário do que alguns Cursos têm tentado incrementar, não se realiza em um conjunto de disciplinas estanques e metodologicamente colocadas nos currículos, o que na realidade se constitui em multidisciplinaridade. Ela se caracteriza pela análise do objeto de estudo a partir de vários ramos do conhecimento em um mesmo momento, buscando apreender todos os aspectos desse objeto, em sua integridade. Somente por meio da abordagem interdisciplinar, o fenômeno jurídico poderá ser apreendido pelo estudante de Direito como algo além da norma jurídica válida.

Ao invés de disciplinas que repetem o padrão dos códigos, os conteúdos a serem estudados no decorrer do curso podem ser agrupados em grandes temas, ou setores, e serem abordados de forma interdisciplinar, contribuindo assim para a construção de um novo objeto para a Ciência Jurídica.

Os temas a serem estudados interdisciplinarmente poderão variar conforme as características regionais e as demandas sociais da localidade onde o curso está inserido, bem como o perfil do egresso definido no Projeto Pedagógico, porém o estudo dos Direitos Humanos só pode ocorrer desta forma, uma vez que para a compreensão de suas características são necessários conhecimentos de História, Sociologia, Direito Penal, Direito Civil, Direito Internacional, Direito Ambiental. Além desses, outros conteúdos de presença obrigatória devem ser os de Ética, Semiologia e Hermenêutica e Argumentação Jurídica.

Além do ensino, as atividades de pesquisa – com exigência de Monografia ao final do curso – e de extensão – na modalidade de assessorias jurídico-populares, e não as famosas extensões assistencialistas que proliferam no Brasil – são fundamentais para a formação de um profissional com sólida base teórica e comprometimento com a realidade social que o rodeia. Isso é o que se espera de uma autêntica Educação Jurídica, ou seja, um ensino comprometido com pesquisa e extensão. Para tanto, o profissional do Direito precisa estar situado em seu tempo e espaço local e global, apto a enfrentar os desafios e as novas formas de sociabilidade que a complexificação célere da sociedade irá lhe apresentar. Deve ter uma educação jurídica que o forme competente para o exercício das várias profissões jurídicas, mas também consciente do seu papel político dentro de uma sociedade em mudança.

Neste sentido, no que diz respeito aos Direitos Humanos, a extensão praticada mediante as Clínicas de Direitos Humanos pode contribuir para a formação

de habilidades não só de conciliação, mas também de advocacia nesta área tão pouco estimulada nas Faculdades de Direito, como a atuação nas Cortes e a militância por meio das Organizações Não Governamentais.

Entrando na questão do método, a pluralidade de metodologias deve ser a melhor alternativa na Educação em Direitos Humanos. O que é importante é que este deve possuir estrita relação com a filosofia que fundamenta o Projeto Pedagógico do curso. Excluindo-se os métodos autoritários, os enciclopedistas e os codicistas, e dando-se preferência àqueles que estimulem a participação do aluno e o seu raciocínio sobre o tema levando à emancipação do próprio aluno.

CONCLUSÃO

Os Direitos Humanos foram aqui considerados como fruto de diversas variáveis históricas, que não podem esgotar-se em sua dimensão dogmática, e que surgem na vida jurídica mediante um processo dinamogênico. Por esses motivos os Direitos Humanos como objeto de estudo e de ensino, por meio de abordagens interdisciplinares, podem levar o ordenamento jurídico a ser trabalhado como um construído concreto, histórico e cultural.

A exigência do conteúdo de Direitos Humanos nos concursos públicos e nas provas da Ordem dos Advogados de Brasil – OAB, não podem restringir esse conteúdo a questões dogmatizadas e apostiladas em esquemas.

Além do ensino, as atividades de pesquisa e de extensão, que são fundamentais para a formação de um profissional com sólida base teórica e comprometimento com a realidade social que o rodeia, podem focar nos Direitos Humanos como objeto de investigação, no caso da pesquisa e como atendimento à população, no caso da extensão. Cursos e palestras em escolas e comunidades também podem contribuir para a conscientização da população em relação aos seus direitos fundamentais (e humanos).

O método a ser escolhido para o ensino dos Direitos Humanos deve ser compatível com o que a formação em Direitos Humanos busca, ou seja, o método deve estar apto a desenvolver habilidades autônomas e emancipatórias.

Estas reflexões almejam que, por meio dos Direitos Humanos, o Ensino Jurídico possa desenvolver nos alunos a consciência participativa de sujeitos sociais que são, estimulando-os a pensar, agir, sentir e interpretar com autonomia e de um modo diferente o Direito e a sociedade onde está inserido.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AGUIAR, Roberto A. R. de. *A Crise da Advocacia no Brasil: Diagnóstico e Perspectivas*. São Paulo: Alfa-Omega, 1991.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Ensino Jurídico e Práxis Social*. São Paulo: Acadêmica, 1989.
- _____. *Advogado e Mercado de Trabalho*. Campinas: Julex, 1988.
- FARIA, José Eduardo. A Noção de Paradigma na Ciência do Direito: Notas para uma Crítica ao Idealismo Jurídico. In: FARIA, José Eduardo. (org). *A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança*. Brasília: UnB, 1988.
- _____. *A Reforma do Ensino Jurídico*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1987.
- FERREIRA, Anna Candida da Cunha. Educação em Direitos Humanos: Pressupostos para o Exercício da Cidadania. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; NASPOLINI SANCHES, Samyra H. D. F.; COUTO, Mônica Bonetti. (Orgs). *Educação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LUÑO, Antonio Henrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho e Constitución*. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1999.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org). *Ensino Jurídico para Que(m)?* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- _____. *Novo Currículo Mínimo dos Cursos Jurídicos*. São Paulo: Rev. Tribunais, 1995.
- RUBIO, David Sanchez. *Fazendo e Desfazendo os Direitos Humanos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.
- SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: Conceitos, Significados e Funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; NASPOLINI SANCHES, Samyra H. D. F.; COUTO, Mônica Bonetti. (Orgs). *Educação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *Uma Nova Faculdade de Direito no Brasil. Paper* apresentado na Fundação Getúlio Vargas como parecer sobre a criação da Escola de Direito de São Paulo/FGV – EDESP, 2001.
- WARAT, Luis Alberto; CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *Ensino e Saber Jurídico*. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977.

**CONTRAFFAZIONE DI MEDICINALI E MATERIE PRIME
FARMACEUTICHE: UN INVITO ALLA RIFLESSIONE TRA
SOVRANITÀ, COMPLESSITÀ SOCIALE, MERCATO COMUNE
DEL SUD E CONTROLLO TRANSNAZIONALE SANITARIO**

***FALSIFICAÇÃO DE MEDICAMENTOS E INSUMOS
FARMACÊUTICOS: UM CONVITE À REFLEXIVIDADE ENTRE
SOBERANIA, COMPLEXIDADE SOCIAL, MERCADO COMUM DO
SUL E REGULAÇÃO TRANSNACIONAL SANITÁRIA***

Joedson de Souza Delgado

Master in Law at the University Center of Brasília – UniCEUB; Expert in Administrative Law at the Public Law Institute of Brasília – IDP; Bachelor in Administration at the University of Brasília – UnB; Bachelor in Law at University Center of the Brazilia Federal District – UDF; and Public servant at the Brazilian Health Regulatory Agency – Anvisa.

Gabrielle Jacobi Kölling

PhD, master e laureata in Diritto presso l'Università Vale do Rio dos Sinos – Unisinos; Specialista in Diritto Sanitario presso la Scuola di Salute Pubblica del Governo dello Stato del Rio Grande del Sud e Presso l'Università degli Studi di Roma Tre, Italia. Membro della Red Iberoamericana di Diritto Sanitario della Fondazione Osvaldo Cruz – Fiocruz, Brasília/DF. Professoressa della Laurea Magistrale in Salute Ambientale delle Facoltà Metropolitane Unite – FMU, Sano Paolo/SP.

Submetido em: 21/08/2018

Aprovado em: 17/12/2018

Riassunto: L'obiettivo di questo lavoro è quello di esaminare la contraffazione di medicinali e materie prime farmaceutiche sotto l'ottica della teoria di sistemi di Niklas Luhman. L'originalità di questo studio permette di utilizzare argomenti e parametri socio giuridici di Gunther Teubner per l'esame del mercato di medicinali e materie prime farmaceutiche contraffatti che arrivano in Brasile, principalmente, attraverso le frontiere con altri paesi vicini. Per realizzare questa analisi si è utilizzato un approccio qualitativo, con procedimenti metodologici biografici e descrittivi. Di fronte alla distorsione sistematica del Diritto relativo alle nuove sfide regolatrici permette ridefinire i corpi politici e includono la produzione normativa sanitaria al di sopra del Potere Legislativo.

Parole-chiave: Medicinale falsificati; Teoria di sistemi; Mercosul.

Resumo: *O objetivo deste trabalho é examinar a contrafação de medicamentos e insumos farmacêuticos sob a ótica da teoria de sistemas de Niklas Luhman. A originalidade deste estudo permite utilizar dos argumentos e parâmetros sociojurídicos de Gunther Teubner para o exame do mercado de medicamentos e insumos farmacêuticos contrafeitos que chegam ao Brasil, principalmente, pelas fronteiras com outros países vizinhos. Para realizar esta análise utilizou-se da abordagem qualitativa, com procedimentos metodológicos bibliográficos e descritivos. Diante do viés sistêmico do Direito relativo aos novos desafios regulatórios permite redefinir os corpos políticos e incluem a produção normativa sanitária para além do Poder Legislativo.*

Palavras-chave: *Medicamentos falsificados; Teoria de sistemas; Mercosul.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Revisione letteraria. 3. Per un nuovo modello di regolazione dei medicinali e materie prime farmaceutiche. 4. Necessità di proiezione transfrontierica nella regolazione dei medicinali e materie prime farmaceutiche. 5. Discussione. Conclusione. Riferimenti.

1 INTRODUZIONE

I medicinali e le materie prime farmaceutiche contraffatti sono temi che si trovano legati alla vigilanza sanitaria che, essendo assunto pertinente alla salute pubblica, viene trattato dalla Organizzazione Mondiale della Salute (OMS) e dalla Organizzazione Pan-Americana di Salute (Opas).¹ Questi due organismi di importanza mondiale e regionale, rispettivamente, forniscono la cooperazione tecnica ai propri membri per la formulazione di politiche trasversali, in un certo senso, limitando la sovranità degli Stati nello sviluppare/promuovere normative e aiutare a formare una opinione pubblica internazionale sulle precauzioni sanitarie.

Partendo dalle interazioni tra la Sociologia Giuridica e il Diritto Sanitario Globale, questa ricerca cerca una comprensione, analisi e descrizione dello sperimentalismo, delle scoperte e dei dialoghi orizzontali con altri paesi vicini, per aggiustamenti istituzionali e quadri normativi sub regionali, per la lotta alla pirateria di farmaci medicinali e materie prime farmaceutiche, all'interno dell'unione doganale del Mercato Comune del Sud (Mercosul).² In termini

¹Secondo Eduardo (1998, p. 57), medicinale sono tutti i prodotti farmaceutici, tecnicamente ottenuti o elaborati, con finalità profilattica, curativa, palliativa o per fini diagnostici. In questo senso, droga, utilizzata come sinonimo di medicinale è definito dalla legislazione come sostanza o materia prima che abbia finalità medicamentosa o sanitaria. Invece materia prima farmaceutica e il termine utilizzato per riferirsi a materia prima farmaceutica attiva (IFA) e eccipienti. In questo modo, l'IFA comprende il farmaco, o il principio attivo del medicinale; mentre gli incipienti comprendono le sostanze additive e complementari della formulazione di un medicinale classificato come diluenti, disgreganti, veicolo, agenti antiossidanti, aromatizzanti, solventi, conservanti agenti datori di viscosità, tra gli altri.

²Il Mercosul è un progetto di integrazione regionale creato dal Trattato di Assunção, il 26/03/1991, e si inquadra nel "nuovo regionalismo", imposto dalla globalizzazione. Sono membri effettivi (gli

universalistici, con la legittimazione giuridica degli altri attori della sfera del Mercosul e soggetti privati di oltrefrontiera.

La revisione teorica della materia ripercuote nella sfera del Diritto nazionale, specialmente per quanto riguarda la pluralità di norme giuridiche e di fonti di diritto, così come: norme giuridiche tra di loro; interlacciamento di ordinamenti giuridici distinti; relazione tra vari rami del diritto; dialogo tra diritto e altri rami scientifici (economia, politica, educazione, tra gli altri); vincolo del diritto con il sapere razionale non scientifico (GROSSI, 2016, p. 15).

Ognuno dei membri effettivi possiede la sua individualità, legislazioni, economia e differenza culturale, il che causa la maggior parte alcuni impasse tra i componenti del blocco sud americano. Ciononostante, c'è una convergenza quando l'assunto è salute pubblica, anche se dal punto di vista formale, il che facilita la cooperazione e integrazione.

Questa ricerca pretende dialogare sulla prospettiva del trans costituzionalismo, teoria elaborata da Marcelo Neves (2016, p. 493), nel configurare vari ordini giuridici di uno stesso Stato, o di Stati differenti, che si intrecciano per risolvere problemi costituzionali, in special modo, sulla regolamentazione transnazionale e vigilanza sanitaria – temi che relativizzano la sovranità.

Lo studio qui proposto cercherà di analizzare la interdisciplinarietà che si mantiene in prospettiva degli obiettivi intermediari e finali, mentre si raggiunge un sottoprodotto maggiore: lo *script* teubneriano della società, come un sistema politico globale, che permette un'osservazione di secondo ordine delle strutture e della dinamica discorsiva della contraffazione dei medicinali e materie prime farmaceutiche.

Così essendo, il problema epistemologico è la sociologia giuridica di Teubner (1992; 2016) che, di fronte alla prospettiva costruttivista, esamina il modello attuale di regolazione transazionale sanitaria di medicine, a partire dal gradualismo autopoietico, rendendo possibile, secondo Gonçalves (2016, p. 210), “[...] la (ri)discussione delle proprie norme – loro validità, senso, applicazione, ecc. – e lì acquista rilevanza il dibattito attorno ai principi che, paradossalmente, rendono possibile l’assorbimento del dissenso e, anche, lo stimolo del dissenso”.

stati-parte) del Mercosul: Argentina, Brasile, Paraguay, Uruguay (dal 1991), Venezuela (dal 2012 e sospesa il 01/12/2016, con azionamento della clausola democratica il 01/04/2017 – primo passo di un processo di espulsione) e la Bolivia (dal 07/12/2012 fu firmato il Protocollo di Adesione. Attualmente, si trova in un processo di ratificazione pendente solamente per l'accettazione del Congresso del Paraguay, comunque, nella 48ª Riunione della Cupola dei Capi di Stato del Mercosul, avvenuta a Brasilia, il 17/07/2015, fu, formalmente, ufficializzato il suo ingresso al blocco). (MERCOSUR, 2017).

Così, perché questa ricerca sia realizzata, verranno fatte analisi della letteratura specializzata – alcune estratte dalla base dei dati dell'ISI, EBESCO, HeinOnline, SciELO, PubMed, Scopus, Google Academico (GA) e Consiglio Nazionale di Ricerca e Post Graduação in Diritto (CONPEDI); dal portale di periodici della *Rivista dei Tribunali Online*, *Rivista Sintesi*, *Dominio Pubblico*; dalla Biblioteca Virtuale in Salute (BVS), Biblioteca Digitale di Tesi e Dissertazioni dell'Istituto Brasileiro di Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT) e della Coordinazione di Perfezionamento del Personale di Livello Superiore (CAPES), partendo dalla procura dei descrittori isolati o in combinazione relativi a “contraffazione dei medicinali e materie prime farmaceutiche” (e termini simili); analisi sulla “governance globale” e la “governance dei blocchi regionali”, così come sul “dualismo giuridico”, sulla “Teoria Sistemica del Diritto (TSD)” e sul “sottosistema sociale autopoietico”.

Questa tappa pretende essere un ampio universo di referenze di carattere descrittivo, come: Moken (2003, p. 525-542); Schwartz (2003, p. 50-59); OMS (2005, p. 1-65); Mello (2006, p. 351-373); Gautam, Utreja e Singal (2009, p. 251-256); Hurtado e Lasmar (2014, p. 891-895); Holmes (2014a, p. 553-583); Hamilton *et al.* (2016); Liang (2016, p. 7-18). Si è optato per lavorare, inizialmente, con tali indicatori per la facilità di accesso all'informazione e per la completezza di contenuto documentato con lavori messi a disposizione in versione completa.

In questo senso, questo studio si avvarrà del metodo ipotetico/deduttivo, che parte dalla complessità sociale risultante dalla globalizzazione per analisi delle nuove forme di agire del Poder Pubblico decorrente da interattività tra diritti interni ed esterni. La sua tecnica di ricerca si concentra nel rilevamento bibliografico – produzione scientifica di note opere nazionali e straniere di carattere interdisciplinare (tra accezione della Sociologia Giuridica e del Diritto Sanitario Globale, basicamente) – e nel rilevamento documentale – analisi comparata di legislazioni, relati istituzionali e dati statistici di fonti diversificate e sparse negli organi di governo che hanno competenza in questa area.

Il metodo adottato è quello storico-comparativo che, per mezzo di indagine storica, delinea le fasi graduali di evoluzione dei sistemi sociali verso l'autopoiesi giuridica, specialmente partendo dalla necessità di studio delle conoscenze, processi e intuizioni passate, coinvolti nella produzione falsa di medicinali e di materie prime farmaceutiche; e, conseguentemente, della effettività e della non effettività della sua lotta per gli Stati. Questa opzione metodologica permetterà di riunire analizzare e interpretare informazioni, contribuendo al dibattito del distanziamento tra la realtà sociale e quella giuridica.

Già l'indagine comparativa assorbe le somiglianze e spiega le divergenze del fenomeno regolatore, così come analizza se esiste intercomunicazione e permeabilità del pensiero sistemico nella regolazione transnazionale sanitaria prodotta dai membri effettivi del Mercosul.

2 REVISIONE LETTERARIA

La 61^a sessione dell'Assemblea Mondiale di Salute, avvenuta il 4 settembre 2008, mise in dubbio la forma con la quale l'OMS stava trattando l'assunto della falsificazione di medicinali e materie prime farmaceutiche (Opas, 2008). In conseguenza di questo evento, la divergenza arrivò all'agenda di discussione della comunità internazionale, ma, ancora, non c'è una risposta efficace.

L'alleanza del Mercosul ha esercitato un ruolo significativo nel processo di regolamentazione e controllo sanitario nel Brasile, dal punto di vista della modernizzazione della Vigilanza Sanitaria e della partecipazione delle industrie in questo processo. Nel frattempo, non esiste una discussione sul tema nel Mercosul in qualità di blocco politico (LUCCHESE, 2008, p. 245). A sua volta il Brasile ha iniziato alcune azioni e gruppi di lavoro, riguardando la falsificazione del prodotto farmaceutico e la materie prime farmaceutiche, attraverso la Agenzia Nazionale di Vigilanza Sanitaria – Anvisa (OMS, 2005, p. 9-12).

A partire da questa proiezione inter organica, questo studio propone l'applicazione della proposta tubneriana nel piano transnazionale sanitario, che può essere notato nella frode di medicinali e materie prime farmaceutiche presso la società, puntando alla prevenzione/repressione.

La sociologia teubneriana (TEUBNER, 1992; 2016) è una teoria sofisticata del sapere che incorpora il concetto di "riflessività" nell'*autopoiesi*" di Luhmann (2016), circa la materializzazione del Diritto e gli effetti di ciò nella società. In certa maniera, questa riflessività descrive una contemporaneità in costante trasformazione originata da "[...] un processo in rete, con nuovi valori, nuovi soggetti e nuove relazioni (transnazionali) giuridiche." (STELZER; GONÇALVES, 2017, p. 62).

Il fatto è che, il modello teorico de Teubner (1983) postulava già un intervento statale malleabile denominato di regolazione riflessiva (meta regolazione) che combina regolazione statale con autoregolazione, a carico delle imprese, ad esempio-sintesi dei programmi di *conformità*, che hanno potenziale per aumentare il rispetto delle norme legali e regolamentari, tra altre

direttrici.³ Con ciò, Perez (2011, p. 743-746) dice che c'è un potenziale aumento di assimilazione dei contesti altamente contingenziali, che osino creare una regolamentazione responsiva come sforzo per rispondere alle mancanze dei regolamenti convenzionali.

Davanti a ciò, intendiamo che la società è costituita da diversi sistemi parziali, che svolgono funzioni specifiche e altamente differenziate, sia in ragione della propria comunicazione e della loro struttura. In questa maniera, secondo la prospettiva di Luhmann (2016, p. 59-60), il mondo contemporaneo – nell'ordine giuridico, propriamente detto – è visto come un sistema chiuso, autoreferente e autopoietico, e, in questo senso, produce la sue proprie operazioni.

Così, Finco (2017, p. 155-157) descrive questo fenomeno disordinato nell'osservare che i sistemi normativi si realizzano e si alimentano di sé stessi, permettendo una certa stabilità di fronte a perturbazioni esterne ed interne. Questa concezione permette di spiegare i differenti gradi di autonomia autopoietica del Diritto con la Salute Pubblica, e vice versa. Essendo così,

[...] il proprio concetto di salute è di una complessità estrema, infatti è composto da fattori personali, ambientali e perfino amministrativi. La citata complessità si proietta oltre le scienze mediche e le scienze umane in generale, arrivando ad esigere dal diritto una concettualizzazione solida e applicabile ai casi concreti. (BATISTA; CALIL, 2016, p. 106-121).⁴

Pertanto, il presente articolo si concentra sugli studi di Gunther Teubner (1992; 2016), per le questioni regolatrici, area in cui la teoria pura di Luhmann si mostra astratta, generale e esauriente per problemi specifici. Così essendo, quando, all'interno dell'ordinamento, sorge la configurazione di un fatto di evidente rilevanza giuridica, come la pirateria di farmaci medicinali e materie prime farmaceutiche, ma per il quale non si incontra una norma adeguata per inibire frodi (attualmente ristretto ad accordi di intenzione), il sistema evoca regole di calibratura che puntino a rendere più rigido il controllo sanitario sul settore (per esempio, sistema di rilevamento e il dispositivo metallizzato di sicurezza, negli imballaggi dei medicinali in territorio nazionale).

Incorrendo in un disturbo esterno, si stabilizza per agende di convergenze regolatrici (per esempio, accordi politici governativi), essendo significativo

³ Secondo Coglianesi e Mendelson (2012, p.146-168), meta regolazione è una attuazione pubblica che cerca di stabilire una coordinazione regolatrice tra attori pubblici e privati fuori dai modelli di comando e controllo attribuiti all'agente regolato.

⁴ In originale: “[...] o próprio conceito de “saúde” é de complexidade extrema, pois é composto por fatores pessoais, ambientais e até mesmo administrativos. Referida complexidade projeta-se para além das ciências médicas e das ciências humanas em geral, vindo cobrar do direito uma conceituação sólida e aplicável aos casos concretos”.

l'effetto calibratore. Inoltre, Ferraz Junior (2016, p. 154) sostiene che programmi del sistema giuridico conoscono numerose regole calibratrici che non arrivano a formare un congiunto logico, visto che alcune prescrivono soluzioni (normativo, "dovere essere") e altre regolano condotte (positivo, "essere").

Quindi, in questa prospettiva, è il proprio sistema che determina ciò che è o non è rilevante per sé, non avendo necessità di importare operazioni che si realizzano alla sua frontiera. Tale sistema produrrà solo le operazioni che sono necessarie per le altre. Con questo, secondo Luhmann (2016, p. 60-62) si opera, nella società (civile), una movimentazione interna e chiusa, ogni volta più complessa e, allo stesso tempo, retro alimentandosi di questa complessità sociale, per divenire funzionalmente operante.

Per Jörg (2011, p. 43-44), la natura volatile e complessa della società contemporanea produce sotto sistemi adeguati al proprio grado di eterogeneità. Si tratta di valori che una data società conferisce all'esercizio della democrazia e alla salute, come oggetto di protezione individuale e collettivo.

L'internazionalizzazione della regolazione sanitaria di medicinali e materie prime farmaceutiche è la propria essenza del sistema. E questa, secondo Salles e Olsson (2015), avviene per regole particolari del sistema giuridico, non delimitato a modelli esterni. Tuttavia l'organizzazione della vigilanza sanitaria in Brasile e i processi di regolamentazione sanitaria devono riflettere le richieste e le pressioni che risultano dall'ambiente internazionale.

In questo contesto, d'accordo con Delgado (2017, p. 48), avviene una progressiva perdita di esclusività regolatrice dello Stato. A questo punto, l'assedio alla pirateria sfida azioni di prevenzione/repressione da parte dei governi e richiede il coinvolgimento di attori privati, sotto il coordinamento delle preferenze e dei ricorsi, su una base volontaria (non gerarchica), per attori pubblici che si dà mediante un governo democratico, sotto l'organizzazione amministrativa in rete.

In questo governo democratico, la coordinazione avviene in forma di una catena di comando vertice-base con l'intervento multi livello di diversi attori transazionali: Nazioni Unite, Stati, consigli di classi, organizzazioni non governative, industria farmaceutica, distributori, rivenditori, grossisti, importatori ed esportatori, pazienti/funzionari della salute, così come rappresentanti della stampa e dei mezzi di comunicazione. Quest'ultimo con l'aiuto di campagne educative sui rischi e pericoli alla salute e l'impatto negativo sull'economia del paese (bassa offerta di lavoro, fuga precipitosa di investitori stranieri e caduta nella entrata di imposte).

Così, il primo passo è quello di sensibilizzare e ottenere il compromesso dei membri del Parlasul, perché si presentino misure legislative adeguate, e affinché l'Esecutivo dei paesi del Mercosul mettano in pratica misure anti contraffazione rapide ed efficaci. Questo include il miglioramento del controllo sanitario delle frontiere e la negoziazione di accordi extra e inter blocco, formalizzati per mezzo di convegni di cooperazioni tecnico-scientifiche, per lo scambio di informazioni necessarie per la pianificazione dei loro modi di attuazione.

Nell'ambito della legislazione nazionale, spetta alla Direzione Generale dell'Anvisa proporre al Ministro di Stato della Salute direttive e politiche di controllo sanitario alle frontiere, visti i costanti sequestri di medicinali e materie prime farmaceutiche false e /o contrabbandati.⁵

In questo senso, per Parker e Scott (2004, p. 10), qualunque intervento regolatore che tenti cambiare le istituzioni sociali dovrà affrontare le conseguenze del "trilemma regolatore" de Teubner (2016), che si basa, parzialmente, sulla sua analisi della teoria dei sistemi relativi all'accoppiamento strutturale inadeguato della politica, della legge e della vita sociale. Il problema sorge, secondo Thornhill (2016, p. 64-68), perché nella società contemporanea queste aree sono ogni volta sempre più autonome e indipendenti.

Di conseguenza, la regolazione denota una funzione amministrativa, processuale e complessa, che comprende l'esercizio di funzione normativa, esecutiva e giudicante, essendo, pertanto, richiesta una scelta regolatrice decentralizzata, per essa aver maggiori condizioni per affrontare le sfide di riflessibilità della vita sociale del terzo millennio. Detto questo, è necessario l'analisi della co-evoluzione tra Diritto, la società e gli altri sistemi (TEUBNER, 2017b, p. 9).

In questo modo, la regolazione transnazionale sanitaria si attiva per fatti sociali che trapassano le linee nazionali, grosso modo, contenendo norme provenienti dagli agenti privati e dagli Stati che "[...] si deve usare una innovazione e pensare in operazioni invece che in strutture" (LUHMANN, 2016, p. 55). Così quando qualcuno agisce in modo contrario alla norma, emette un messaggio, nel senso che non riconosce quella norma violata come valida.

L'interpretazione giuridica che risulta dai processi decisorii formali che si consolidano nel caso concreto, riafferma la validità di questa norma e attualizza il suo senso. Con ciò, mantiene le aspettative sociali che ricadono sulla regolazione che, conforme a Cassese (2002, p. 266-267), contiene norme generali che determinano ciò che ci si aspetta dal comportamento degli individui di questo sistema.

⁵ "Art. 15. Compete alla Direzione Riunita: [...] II - proporre al Ministro di Stato della Salute le politiche e direttive di governo destinate a permettere all'Agenzia il compimento dei suoi obiettivi; [...], (BRASILE, 1999).

A partire dai presupposti di Teubner (1992, p. 451-475) a rispetto della autolimitazione del Diritto e della congiuntura dei suoi vincoli con l'emergente realtà sociale, possiamo pensare in azioni nel senso di lotta contro l'adulterazione di invenzioni farmaceutiche e le loro materie prime. Tali azioni comprendono studi di misure specifiche, come: *(i)* la volontà politica per l'approvazione di normative trans frontiera di controllo sanitario che internalizzino, nell'ordinamento giuridico-amministrativo dei membri effettivi del Mercosul, i modelli di Regolamento Sanitario Internazionale (RSI - 2005)⁶; *(ii)* l'aumento di una coscienza inter sociale sulla gravità del problema tra le autorità nazionali e responsabili per le decisioni, provocando cambiamenti nella legislazione; *(iii)* la responsabilità condivisa di organi governativi, consumatori, fabbricanti e altri; *(iv)* stabilire, a medio termine, linee di lavoro contro il mercato nero di medicinali con una approssimazione tra il Mercosul e l'Alleanza del Pacifico integrata da Cile, Colombia, Messico e Perù; *(v)* l'incentivo, a lungo termine, per esplorare altri meccanismi, inclusa una convenzione mondiale, per rafforzare l'azione nel blocco regionale.

Accordi di libero commercio, multilateralismo, misure di deregolamentazione, l'internazionalizzazione economica e la propria globalizzazione/mondializzazione hanno dato un nuovo significato al mercato interno brasiliano, il che risulta in una diffusione di nuovi medicinali, contemporanea all'entrata di medicinali illegali.

Capire questa razionalità inter sociale, molte volte in conflitto con la salute pubblica, è fondamentale per una possibile soluzione giuridico-sanitaria della falsificazione. Così, sotto le prospettive di Zumbansen (2013, p. 117-138) e Holmes (2014b, p. 1144-1148), la costruzione discorsiva della norma deve essere compresa e ricostruita alla luce del pluralismo regolante e della visione sistemica del Diritto.

In questo quadro, il presente studio si pone nella comprensione dei sensi derivanti dal contingente mercato globalizzato e come questo interferisce nella identificazione del rischio e nelle scelte degli interventi.

3 PER UN NUOVO MODELLO DI REGOLAZIONE DEI MEDICINALI E MATERIE PRIME FARMACEUTICHE

L'oggetto di questo lavoro si specchia nella discussione inter governativa fatta da parte di gruppi di studio nell'ambito del Mercosul al trattare dell'aumento

⁶ La RSI/2005 è il punto legale sottoscritta dai paesi partecipanti all'OMS, nel quale ha creato procedimenti per protezione contro la disseminazione internazionale di malattie. Il Congresso Nazionale brasiliano ha ratificato e approvato la normativa per mezzo del Decreto Legislativo n. 395/2009 (WORLD HEALTH ASSEMBLY, 2008; BRASIL, 2009a).

dei prezzi delle sigarette, il cui attuale Ministro di Stato della Salute Riccardo Barros ha ammesso che un eventuale elevazione di prezzi, attraverso un maggior tassazione, provocherebbe un effetto collaterale non desiderato, l'aumento del contrabbando (FORMENTI, 2017). Difatti, il Brasile è infestato da sigarette contrabbandate dal Paraguay che vengono vendute a prezzi molto più economici delle sigarette ufficiali, se si aumenta il prezzo delle ufficiali, il contrabbandiere ringrazia e le tasse non vengono raccolte.

Sulla base di questo relato, il modello di regolamento dei medicinali invece non riflette adeguatamente le nuove domande transnazionali, derivanti dall'evoluzione della società poli conflittuale, super complessa e di massa, cioè, tali prospettive micro e macro sociologiche vanno oltre la concezione normativa-legale del Diritto (ARNAUD, 1996, p. 18; ROCHA, 2013, p. 37-38; TEUBNER, 2017a, p. 2-4). Gli studi nell'area giuridico-dogmatica, presentati dagli autori de pregiudizio monistico – con fondamento filosofico nella visione hegeliana dello Stato e massima espressione in Hans Kelsen (giurista della Scuola di Vienna).

Il punto di attacco tra la pirateria di prodotti commerciali e prodotti medicinali e le loro materie prime risiede nel rischio di potenziali danni alla salute umana. Sussidiariamente, colpisce il possessore della marca, fraudata e/o copiata, incorrendo in danni finanziari concomitanti con l'arrivo del commercio clandestino, mantenuto dagli enormi lucri ottenuti.

In questa prospettiva, si intende come contraffazione del prodotto farmaceutico

[...] quelli etichettati con informazioni false, in maniera deliberata e fraudolenta, in relazione alla identificazione e/o provenienza. La falsificazione può avvenire tanto in prodotti di marca quanto in generici. I prodotti falsificati possono includere prodotti contenenti gli ingredienti corretti o ingredienti errati, senza ingredienti attivi, con ingredienti attivi insufficienti o con imballaggio falso (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1996, traduzione nostra).⁷

Per il resto, qualsiasi prodotto farmaceutico antidolorifico persino droghe relazionate allo "stile di vita" (le cosiddette medicine *life style*) sono potenziali obiettivi di falsificazione. Presto, questo deve essere uno dei temi dell'agenda del Mercosul, visto che in mezzo alla circolazione di merce, esiste, la vendita dei prodotti farmaceutici.

⁷ In originale: "[...] which is deliberately and fraudulently mislabeled with respect to identity and/or source. Counterfeiting can apply to both branded and generic products and counterfeit products may include products with the correct ingredients or with the wrong ingredients, without active ingredients, with insufficient active ingredients or with fake packaging".

L'uso di medicinali di origine e composizione sconosciute può danneggiare la profilassi, la diagnosi o la terapia di una malattia e/o portare alla morte. Questa affermazione, già indica l'importanza del tema, quando comparato ad altre forme di contraffazione, una volta che il bene da tutelare coinvolge, direttamente, il diritto alla vita, che si concretizza nel diritto alla salute, inerente a tutti i cittadini.

La pirateria di farmaci medicinali, secondo l'OMS, è un fenomeno in scala mondiale, essendo che:

[...] pubblicazioni di paesi sviluppati indicano che i medicamenti più falsificati sono i nuovi costosi medicinali per il benessere, come antistaminici, ormoni e steroidi. D'altra parte, i paesi in sviluppo relazionano la maggior parte di falsificazioni in medicinali destinati a condizioni di minaccia alla vita, come malaria, tubercolosi e HIV/AIDS (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2016, traduzione nostra).⁸

Nell'ambito di paesi con sviluppo tardivo e di vocazione capitalista – come il Brasile, il Cile, il Messico –, la Giunta Internazionale di Fiscalizzazione di Narcotici (JIFE) delle Nazioni Unite indica un consumo tra il 25% e il 50% di medicinali falsi (CONSIGLIO FEDERALE DI FARMACIA, 2007). Il problema è più evidente negli Stati dove la post produzione farmaceutica e l'uso di materie prime farmaceutiche non sono effettivamente fiscalizzati.

4 NECESSITÀ DI PROIEZIONE TRANSFRONTIERICA NELLA REGOLAZIONE DEI MEDICINALI E MATERIE PRIME FARMACEUTICHE

Nella diagnosi dei dati, la falsificazione di prodotto farmaceutico e sue materie prime si è diffuso a causa di: (i) la relativa facilità di nascondere la merce contrabbandata; (ii) la maggior parte degli utenti non essere capaci di distinguere tra il reale e l'adulterato, molte volte, derivato dalla sofisticazione/evoluzione dei metodi fraudolenti; (iii) la fabbricazione falsa non richiedere grandi investimenti e le attrezzature essere facilmente trasferibili da un locale ad un altro; (iv) il controllo sanitario sulla catena di distribuzione essere inefficace;⁹ (v) la punizione non essere sufficientemente forte da condannare i criminali; e (vi) la sua validità scaduta o per essere frutto di carichi rubati.

⁸ In originale: "Reports from developed countries indicate that the most frequently counterfeited medicines are new and thus expensive lifestyle medicines, like antihistamines, hormones and steroids. Developing countries on the other hand report mostly counterfeits of medicines used in life-threatening conditions such as malaria, tuberculosis and HIV/AIDS."

⁹ Per Costa (2000, p. 42), il termine 'controllo sanitario' include fiscalizzazione, regolamentazione, azioni educative e informazioni al consumatore.

È in questo senso ampio che i governi affrontano sfide nella lotta ai farmaci irregolari per: (i) non riconoscere la loro esistenza o gravità; (ii) disporre di sanzioni penali scarse e di autorità/istituzioni inefficienti o assenti (autorità regolatrici, polizia, dogana e giudiziario); (iii) presentare politiche che danno priorità ad attività di esportazione, in relazione al compimento di buone pratiche di fabbricazione, così come il controllo sanitario inefficace di questa attività; (iv) soffrire con la corruzione; (v) dimostrare una clemenza del potere pubblico e una compiacenza della popolazione; (vi) avere la propria fabbricazione, vendita o distribuzione fuori dei canali autorizzati, normalmente in fiere libere, da parte di ambulanti o per via internet, per intermediazione di farmacie senza punti di vendita fisici, con siti non autorizzati e ospitati in altri paesi.

Di fronte all'aumento del commercio illegale trans frontiera di medicinali, che ha raggiunto uno spazio preoccupante in relazione alla contraffazione, i Ministri della Salute delle nazioni membro del Mercosul concordarono raccomandazioni multilaterali, il che ha incluso la creazione di una Commissione Intergovernativa Politica di Medicinali (CIPM), con misure per la loro vigilanza e la loro circoscrizione (BRASIL, 2009b).

In giugno 2012, i governi brasiliano e uruguayano istituirono un nuovo modello di integrazione e complementarietà nella sfera del blocco sud americano, denominato di Gruppo di Alto Livello (GAN), con progetti consolidati in scienza, come: tecnologia e innovazione; integrazione e infrastruttura dei trasporti; comunicazione e informazione; integrazione produttiva; libera circolazione di beni e servizi e libera circolazione di persone.

Nel frattempo, dall'aprile 1990, i paesi dell'Unione Europea – il Canada, la Svizzera, gli Stati Uniti, il Giappone, la Corea del Sud e il Brasile (accettato come membro nel 2016) – attraverso rappresentanti di agenzie regolatrici con le associazioni dell'industria farmaceutica, si impegnarono a implementare direttrici e risultati di consensi tecnici da parte del Consiglio Internazionale sull'Armonizzazione di requisiti tecnici per il registro di prodotti Farmaceutici per Uso Umano (ICH).¹⁰

La missione dell'ICH e quella di assicurare che prodotti sicuri, efficaci e di alta qualità siano sviluppati e registrati in maniera efficiente, specificamente le ricerche e gli sviluppi di nuovi medicinali (biofarmaci, organismi geneticamente modificati e nanotecnologia). Le loro direttrici e risultati di consensi tecnici vengono adottati dai governi la cui adesione al settore regolato dimostrò economia di risorse finanziarie e umane, diminuendo la, duplicità di test

¹⁰ *International Conference on Harmonisation of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use – ICH (2017).*

clinici di nuovi medicinali con umani e animali e razionalizzando il tempo e il processo di valutazione regolatrice per nuovi registri (SIMONETTI, BELLAN, 2016, p. 162).¹¹

Ciò a cui si assiste, attualmente, è che il consumo – per adeguarsi ad un complesso ambiente *on-line*, globalizzato e internazionalizzato – ha scatenato, nelle persone, la ricerca per cure miracolose o la necessità di un *way for life* variato, propiziando un aumento della malattia iatrogena. È il caso del traffico di frontiera di pillole per dimagrire, peptidi anabolizzanti, abortivi, fitoterapici, pillole per trattamento di disfunzioni erettili e del cancro e, persino, vaccine contro l’Influenza A (H1N1), a causa della alta richiesta e del valore aggregato (G1 MATO GROSSO DEL SUD, 2016). Comunque, i pazienti/consumatori si espongono a rischi, acquistando medicinali commercializzati fuori della struttura regolata.

Con base in queste premesse, si osserva che l’etica si allontana quando la persona umana è un mezzo per ottenere un lucro e,

[...] in questo modo, la evasione e il gioco di marcato, i prezzi esorbitanti, le menzogne sulla qualità dei prodotti, le falsificazioni, la propaganda ingannevole o inadeguata, puntando a stimolare il consumo anche se inadeguato, la corruzione diretta o indiretta di autorità pubbliche, di impresari e professionali della salute e tutto il resto che fa parte della competizione economica sono molto presenti nell’area della salute (DALLARI, 2003, p. 80).¹²

A partire da questa idea, questo lavoro pretende discutere sul processo di regolamentazione sanitaria, nell’ambito delle relazioni tra Diritto Globale/Internazionale e gli ordini giuridici domestici – come nell’arena del Mercosul –, con focalizzazione di studio nella infiltrazione di medicinali e materie prime farmaceutiche illegali nel sistema di distribuzione nazionale.¹³ Pertanto

¹¹ In Brasile, la regola generale è il registro di immunobiologici, insetticidi, medicinali e altre materie prime strategiche, nei termini dell’art. 7º, § 5º, della Legge n. 9.782/1999. Tuttavia, il registro potrà essere dispensato, eccezionalmente, per uso in programmi di salute pubblica, per mezzo di organismi multilaterali internazionali, debitamente autorizzati dal Ministero della Salute e dalle sue entità vincolate, così come avvenne il 27/07/2016, con la dispensa di registro della materia-prima per la produzione di penicillina cristallina, la quale fu usata per il trattamento di sifilide congenita – trasmessa dalla mamma al bebè, durante la gravidanza –, che ebbe casi triplicati in sei anni (FORMENTI, 2016).

¹² In originale: “[...] o próprio conceito de “saúde” é de complexidade extrema, pois é composto por fatores pessoais, ambientais e até mesmo administrativos. Referida complexidade projeta-se para além das ciências médicas e das ciências humanas em geral, vindo cobrar do direito uma conceituação sólida e aplicável aos casos concretos”.

¹³ Secondo Teubner (2016, p. 6-8), il Diritto Globale si differenzia dal Diritto Internazionale per il fatto di essere un ordinamento giuridico *sui generis* di aspetto differente dal tradizionale diritto degli stati-nazioni.

condurremo la riflessività di Teubner al punto teorico di Luhmann per formare un modello regolatore di proiezione trans frontiera.

Il tema si basa sul rischio sanitario che le medicine e le materie prime farmaceutiche falsificate provocano per la salute pubblica, a partire dalla politica di apertura al mercato globale. Di fronte a questo quadro, si rende necessario ripensare alla riconfigurazione delle istituzioni e dei dispositivi regolatori – dormente, per contenere questo flagello, davanti ad una rete di componenti sistemici collegata a protocolli, convenzioni, accordi e altri processi normativi, firmati in fori internazionali –, ad esempio quello di *Codex Alimentarius*, tra gli altri, e, così si possa promuovere il diritto alla salute in questa nuova cartografia del Mercosul.¹⁴

5 DISCUSSIONE

La questione che si pretende investigare si trova davanti alla domanda chiave: è possibile stabilire consensualmente nuovi accordi giuridico-istituzionali e/o la modernizzazione di punti regolatori comuni ai membri effettivi del Mercosul, affinché siano dissuasi, efficacemente la pratica della falsificazione di medicinali e materie prime farmaceutiche?

Per rispondere a tale quesito, analizzeremo come i movimenti internazionali si relazionano con le istituzioni intrinseche dei paesi membri e in che modo questa relazione importa al Sistema di Vigilanza Sanitaria. Questo studio tenderà ad esaminare se il problema centrale non sia una mera attuazione di una tradizionale politica di regolazione sanitaria o, oltre a questo, sia una evoluzione per il costituzionalismo transnazionale attraversata dalla riflessività teubneriana di autonomia e di autopoiesi, la quale cerca di ridimensionare la rigidità strutturale in Luhmann (2016).

La conciliazione interculturale e differenti lingue, politiche e economie è già una realtà nella Unione Europea, di fronte alla creazione di una unica agenzia regolatrice per i medicinali, l'Agenzia Europea di Medicinali (EMA, acronimo per *European Medicines Agency*).

Davanti a questo, esploreremo la viabilità di un modello centrale per il Mercosul per frenare le richieste di medicinali falsi indirizzate dal Brasile che arrivano attraverso rotte che partono dall'India, Cina e, soprattutto, dal Paraguay. Per i fini di questo lavoro ci avvaliamo delle seguenti congetture:

¹⁴ Il termine *Codex Alimentarius* (dal latino, Codice degli alimenti) è un programma congiunto dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per Agricoltura e Alimentazione (FAO) e dalla OMS, creato nel 1963. Si tratta di una insieme di norme alimentari, adottate internazionalmente e presentata in maniera uniforme, con l'intuito di proteggere la salute dei consumatori e garantire pratiche legali di commercio tra i paesi.

- (i) lo stabilire accordi e contratti di punti normativi sub regionali in merito alla pirateria è la risposta per placare o mettere in discussione la vendita, la distribuzione e la produzione falsa di medicinali e materie prime farmaceutiche, nell'ambito del mercosul;
- (ii) il sorgere di una agenzia trans frontiera di vigilanza sanitaria, con rappresentazione negli stati-parte del Mercosul, comandata da una presidenza collegiale che controlli, regoli e fiscalizzi il mercato di medicinali e di materie prime farmaceutiche è la soluzione autenticamente efficiente e rispondente, davanti alle particolarità consegnate nei codici sistemici del Diritto;
- (iii) gli accordi firmati tra il mercosul e i paesi extra blocco, così come le norme non imperative prodotte dal Parlamento del Mercosul (Parlasul) sono modelli giuridici più efficaci alla governabilità trans frontiera sanitaria, davanti alla crisi regolatrice dello Stato;
- (iv) la realizzazione di un Gruppo di Alto Livello (GAN), dedicato alla libera circolazione di medicinali e materie prime farmaceutiche tra i membri effettivi del Mercosul, aumenta e rafforza i meccanismi di controllo, ispezione e certificazione, allo stesso tempo in cui favorisce l'interscambio commerciale nel campo della vigilanza sanitaria, offrendo una maggior protezione alla sua popolazione;
- (v) l'estensione delle direttrici tecniche regolatrici internazionalmente accordate del ICH al Mercosul, oltre ad evitare costi inutili all'industria, con test duplicati, massimizza l'efficienza del controllo sanitario da parte delle autorità nazionali nella produzione, nella commercializzazione e nella ricerca di medicinali e materie prime farmaceutiche.

Si registri, opportunamente, che l'obiettivo generale deve comprendere e ripensare di stabilire in maniera corretta nuove forme istituzionali e sistemi (o sub sistemi) normativi comuni e inter-relazionati alle nazioni membro del Mercosul al riguardo della falsificazione di prodotti e materie prime farmaceutiche, considerando i rischi alla salute umana, a partire dalla comprensione differenziata in Gunther Teubner (1992; 2016) con relazione alla teoria sociale di Niklas Luhmann (2016). Da ciò, conseguentemente, porta come obiettivi specifici:

- (i) analizzare la falsificazione di medicinali e materie prime farmaceutiche nella società, come un problema di salute pubblica nell'ambito del Mercosul;
- (ii) stabilire il ruolo della Sociologia Giuridica e del Diritto Sanitario Globale nell'affrontare la falsificazione di medicinali e materie prime farmaceutiche all'interno del blocco di integrazione socio-economico;

(iii) proporre una riflessione trans-disciplinare tra la sovranità, complessità sociale, Mercosul e regolazione trans frontiera sanitaria, come forma di confrontare la prassi con il modello regolatore vigente, chiarendo i paradossi e oltrepassando le limitazioni necessarie per affrontare la contraffazione di medicinali e materie prime farmaceutiche.

A grandi linee, Mascareño (2014, p. 27) asserisce che la comparazione è rilevante, che è una derivazione dell'idea di paradosso/incompletezza fondamentale della legge che, in qualsiasi caso, anche Teubner riconosce e richiede osservazione storica per l'analisi decostruttiva che porta ad una considerazione/trasformazione del paradosso della doppia contingenza dei sistemi sociali.

Si deve, pertanto, affrontare con altre forme di organizzazione che permettano di avanzare nell'efficienza della gestione dei ricorsi e più risolutivi nella prestazione di servizi di vigilanza sanitaria di quelli basati in agenzie regolatrici stagnanti e isolate, sempre a favore della "modernizzazione", del "progresso", del "benessere", della "crescita", della "sostenibilità" e della "giustizia sociale".

CONCLUSIONE

Nel Brasile, la falsificazione di medicinali e materie prime farmaceutiche caratterizza crimine grave, fin dalla edizione della Legge n. 9.695, del 20 agosto del 1998. Visto il succedersi di falsificazioni dei medicinali venuti a pubblico attraverso la stampa scritta e parlata, dell'epoca, collocando in dubbio la credibilità dei laboratori e l'efficacia dei loro medicinali.

Dalla pillola alla farina *Microvlar* fino alla falsificazione dell'antibiotico *Amoxil*, passando per il prodotto per il tumore della prostata, l'*Androcur*, venne alla luce la precaria fiscalizzazione dell'organo competente in cui le imprese si arricchivano e le autorità del governo mantenevano, per convenienza o inefficacia. Per questi termini considerati, la commercializzazione del medicinale falsificato conduce alla volgarizzazione del prodotto, all'esposizione commerciale del consumatore e alla perdita di reputazione commerciale della marca, provocata dalla pratica di falsificazione, il cui effetto irradia e colpisce il diritto all'immagine del titolare della marca.

Quasi un ventennio dopo questi avvenimenti, la falsificazione di medicinali e materie prime farmaceutiche persiste, con una nuova veste, ponendo in rischio la salute e la vita della popolazione. Questa volta, il Diritto Penale non deve essere il tonico risolutore, ma la risposta deve venire dal dialogo orizzontale tra la Sociologia Giuridica e il Diritto Globale risultante dalla registrazione e dalla scoperta con i paesi membri del Mercosul alla ricerca di cambiamenti istituzionali e punti regolatori sub regionali, per la lotta alla pirateria di farmaci medicinale e materie prime farmaceutiche.

Pertanto, la falsificazione di medicinali e materie prime farmaceutiche richiede una risposta internazionale coordinata, situazione che trascende la mera regolazione sanitaria interessando le inter comunicazioni scientifiche, politiche, mediatiche e le connessioni socio giuridiche ed economiche dei paesi membri del Mercosul.

In questa prospettiva, lo studio conduce la comunità del mercosul a una *nuova questione costituzionale* relativa alle azioni di vigilanza sanitaria con l'apporto teorico della autopoiesi gradualista in Taubner che risulterà in un sistema auto normativo, trasversale e che risponda alla promozione dell'accesso a prodotti farmaceutici sicuri, efficaci e di qualità.

RIFERIMENTI

ARNAUD, Andrè-Jean. Storia contemporanea del diritto e sociologia giuridica: riflessioni e precorsi di ricerca. *Sociologia del diritto*, fascicolo 3, Milano, Italia: Università degli Studi di Milano, 1996.

BATISTA, Cláudia Karina Ladeia; CALIL, Mário Lúcio Garcez. O direito fundamental de acesso a medicamentos e a função social da propriedade imaterial no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 17 n. 1, p. 106-121, mar./jun. 2016. Disponibile in: <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i1p106-121>>. Accessibile in: 1º jun. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto Legislativo nº 395, de 2009. Aprova o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 jul. 2009a.

BRASIL. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 jan. 1999.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Assessoria de Assuntos Internacionais. *Política de medicamentos do Mercosul: documentos essenciais*. Série C. Projetos, Programas e Relatórios, p. 1-182. Brasília: Ministério da Saúde, 2009b.

CASSESE, Sabino. Dalle regole del gioco al gioco con le regole. *Mercato Concorrenza Regole*, volume 2, 2002, p. 265-276. Disponibile in: <<http://dx.doi.org/10.1434/1207>>. Accessibile: 11 giugno 2017.

COGLIANESE, Cary; MENDELSON, Evan. Meta-regulation and self-regulation. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). *The Oxford handbook of regulation*, p. 46-182. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE FARMÁCIA. Pirataria de medicamentos: risco para a saúde, desafio para as autoridades. *Revista Pharmacia Brasileira*, Janeiro/Fevereiro 2007. Disponibile in: <<https://is.gd/iUs2Qk>>. Accessibile in: 12 jun. 2017.

COSTA, Ediná Alves. Conceitos e área de abrangência. In: ROZENFELD, Suely (Coord.). *Fundamentos da Vigilância Sanitária*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Ética Sanitária. In: ARANHA, Márcio Iorio (Org.). *Direito Sanitário e Saúde Pública*. Volume 1, Série E. Legislação de Saúde, p. 80. Brasília: Ministério

- da Saúde, 2003. Disponível in: <<https://is.gd/g1Gvc6>>. Acessibile in: 14 jun. 2017.
- DELGADO, Joedson de Souza. *Limites ao Poder Regulatório da Agência Nacional de Vigilância Sanitária*. 2017. 143f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. Nenhuma pressão 2017.
- EDUARDO, Maria Bernadete de Paula. *Vigilância Sanitária*, volume 8. Série Saúde & Cidadania. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 1998.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 9. ed. São Paulo: Gen, Atlas, 2016.
- FINCO, Matteo. Diritti fondamentali e diritti umani: il contributo della sociologia di Niklas Luhmann. *Revista Direito Mackenzie*. São Paulo/SP, v. 11, n. 1, p. 152-191, a. 2017. Disponível in: <<http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v11n1p152-191>>. Acessibile in: 11 nov. 2017.
- FORMENTI, Lígia. Ministro da Saúde defende aumento dos preços de cigarro. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 29 ago. 2017. Disponível in: <<http://tinyurl.com/y9rzozc3>>. Acessibile in: 24 out. 2017.
- FORMENTI, Lígia. Anvisa dispensa registro de matéria-prima de remédio. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 27 jun. 2016. Disponível in: <<https://is.gd/XlAdci>>. Acessibile in: 30 mai. 2017.
- G1 MATO GROSSO DO SUL. *Grupo é preso por aplicar vacina contra H1N1 comprada no Paraguai*. 2016. Disponível in: <<https://is.gd/vtKO10>>. Acessibile in: 5 jun. 2017.
- GAUTAM, C. S.; UTREJA, A.; SINGAL, G. L. Spurious and counterfeit drugs: a growing industry in the developing world. *Postgraduate Medical Journal*. Vol. 85, issue 1003, p. 251-256. 6p. 1 Chart. May 2009. Disponível in: <<http://dx.doi.org/10.1136/pgmj.2008.073213>>. Acessibile in: May, 10th, 2017.
- GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. Sobre palavras, seus usos e significados: o modelo normativo de Marcelo Neves entre as normas e as metanormas. *Revista Direito GV*. 2016, v. 12, n. 1, p. 189-216. Disponível in: <<http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201608>>. Acessibile in: 13 jun. 2017.
- GROSSI, Paolo. Per un diritto amministrativo del tempo pos-moderno, *Quaderni fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*. n. 45, p. 9-16. Firenze, Italia: Giuffrè Editore, 2016. Disponível in: <<https://is.gd/RnYcaw>>. Acessibile in: 5 magg. 2017.
- HAMILTON, William L. *et al.* Public health interventions to protect against falsified medicines: a systematic review of international, national and local policies. *Health Policy and Planning*, 31 (10): 1448-1466. New York, USA: Oxford University Press, 2016.
- HOLMES, Pablo. The Politics of Law and the Laws of Politics: The political paradoxes of transnational constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 21, summer 2014a.
- HOLMES, Pablo. O Constitucionalismo entre a Fragmentação e a Privatização: Problemas Evolutivos do Direito e da Política na Era da Governança Global. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 57, n. 4, 2014b, p. 1137 a 1168. Disponível in: <<http://dx.doi.org/10.1590/00115258201435>>. Acessibile in: June, 17th, 2017.
- HURTADO, Renato Lopes; LASMAR, Marcelo Carvalho. Medicamentos falsificados e contrabandeados no Brasil: panorama geral e perspectivas de combate ao seu consumo. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 30(4): 891-895, abr. 2014. Disponível in: <<http://dx.doi.org/10.1590/0102-311X00107013>>. Acessibile in: 5 abr. 2017.

- INTERNATIONAL CONFERENCE ON HARMONISATION OF TECHNICAL REQUIREMENTS FOR REGISTRATION OF PHARMACEUTICALS FOR HUMAN USE – ICH. *Harmonisation for better health*, 2017. Disponível in: <<http://www.ich.org/home.html>>. Acessível in: June, 13th, 2017.
- JÖRG, Ton. *New thinking in complexity for the social sciences and humanities: a generative, transdisciplinary approach*. New York, USA: Springer, 2011.
- LIANG, Bryan A. Over the virtual and geographic borders: understanding importation and counterfeit drugs. *California Western International Law Journal*. Fall 2005, vol. 36, issue 1, p. 7-18. Disponível in: <<https://is.gd/oRIMVB>>. Acessível in: June, 2th, 2017.
- LUCCHESI, Geraldo. *Globalização e regulação sanitária: os rumos da vigilância sanitária no Brasil*. Brasília: Editora Anvisa, 2008.
- LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Kriege; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- MASCAREÑO, Aldo. Inmanencia y transcendencia en la sociología del derecho. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 1, n. 1, p. 22-37, jan./jun. 2014. Disponível in: <<http://dx.doi.org/10.21910/rbsd.v1n1.2014.34>>. Acessível in: 25 out. 2017.
- MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito Luhmann e Teubner. *Tempo Social: revista de sociologia da USP*, v. 18, n. 1, p. 351-373. Disponível in: <<https://is.gd/XhgXJn>>. Acessível in: 11 jun. 2017.
- MERCOSUR. *¿Qué es el MERCOSUR?* 2017. Disponível in: <<https://is.gd/Tionl5>>. Acesso en: 11 mayo 2017.
- MOKEN, Merri C. Fake Pharmaceuticals: how they and relevant legislation or lack thereof contribute to consistently high and increasing drug prices. *American Journal of Law & Medicine*, 2003, vol. 29, issue 4, p. 525-542. Disponível in: <<https://is.gd/rf3bUM>>. Acessível in: February, 15th, 2017.
- NEVES, Marcelo. Comparando transconstitucionalismo em uma sociedade mundial assimétrica: pressupostos conceituais e ponderações autocríticas. In: LINHARES, Emanuel Andrade; SEGUNDO, Hugo de Brito Machado (Org.). *Democracia e Direitos Fundamentais – Uma Homenagem aos 90 anos do Professor Paulo Bonavides*, v. 1, p. 487-506. São Paulo: Atlas, 2016.
- ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. *Estratégia mundial e plano de ação sobre saúde pública, inovação e propriedade intelectual*, Resolução WHA 61.21, 2008. Disponível in: <<https://is.gd/BgDQNg>>. Acessível in: 09 jun. 2017.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Medicamentos falsificados: diretrizes para o desenvolvimento de medidas de combate a medicamentos falsificados*. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde; Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2005.
- PARKER, Christine; SCOTT, Colin; BRAITHWAITE, John. Introduction: A Regulatory Perspective on Law. In: PARKER, Christine *et al.* (Ed.). *Regulating Law*, v.1, p. 320. New York, USA: Oxford University Press, 2004.
- PEREZ, Oren. Responsive Regulation and Second-Order Reflexivity: On the Limits of Regulatory Intervention. *University British Columbia*, v. 44, n. 3, 2011. Disponível in: <<https://is.gd/dVApEP>>. Acessível in: April, 29th, 2017,
- ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Introdução à teoria autopoiética do sistema do Direito*, 2^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SALLES, Eduardo Baldissera Carvalho; OLSSON, Giovanni. A governança global com e sem governo: o protagonismo das empresas transnacionais na internacionalização do direito. *E-civitas*, v. 8, n. 2, jun. 2015. Disponível in: <<https://is.gd/5g4q4u>>. Acessibile in: 10 abr. 2017.

SCHWARTZ, Germano. A autopoiese do sistema sanitário. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 50-59, 2003. Disponível in: <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v4i1p50-59>>. Acessibile in: 10 jun. 2017.

STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. Transnacionalidade e Redes de Colaboração Solidária: sua importância na consolidação do Comércio Justo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), 9(1):53-64, janeiro-abril 2017. Disponível in: <<http://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2017.91.06>>. Acessibile in: 14 jun. 2017.

SIMONETTI, Agnaldo; BELLAN, Natália. Principais instituições internacionais de convergência regulatória. In: BELLAN, Natália; PINTO, Terezinha de Jesus Andreoli. (Org.). *Diretrizes do processo de regulamentação sanitária dos medicamentos no Brasil*. Barueri/SP: Manole, 2016.

TEUBNER, Gunther. Constitutional Drift: Spontaneous Co-evolution of Social 'Ideas' and Legal 'Form'. In: DOWDLE, Michael W.; WILKINSON, Michael (Eds.) *Constitutionalism beyond Liberalism*, p.79-95. New York, USA: Cambridge University Press, 2017a.

TEUBNER, Gunther. Societal Constitutionalism: Nine Variations on a Theme by David Sciulli. In: BLOKKER, Paul; THORNHILL, Chris (Eds.) *Sociological Constitutionalism*. New York, USA: Cambridge University Press, 2017b.

TEUBNER, Gunther. Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização. In: NEVES, Marcelo Neves... [et al.]. (Coord.). *Série IDP: Linha direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. Regulatory Law: Chronicle of a Death Foretold. *European University Institute*, Italy. Social and Legal Studies, vol. 1, 1992, p. 451-475. Disponível in: <<https://is.gd/FtAv3l>>. Acessibile in: Jan., 21th, 2017.

TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in law. *Law & Society Review*, v. 17, n. 2, 1983. Disponível in: <<https://is.gd/0PnSMw>>. Acessibile in: May., 29th, 2017.

THORNHILL, Chris. *A Sociology of Transnational Constitutions: The Social Foundations of the Post-National Legal Structure*. New York, USA: Cambridge University Press, 2016. Disponível in: <<https://doi.org/10.1017/CBO9781139833905.009>>. Acessibile in: June, 11th, 2017.

WORLD HEALTH ASSEMBLY. *Implementation of the International Health Regulations (2005)*, Resolution WHA61.2. 2008. Disponível in: <<https://is.gd/EbBBml>>. Acessibile in: June, 12th, 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Substandard, spurious, falsely labelled, falsified and counterfeit (SSFFC) medical products*, January 2016. Disponível in: <<https://is.gd/nQKl-cO>>. Acessibile in: June, 11th, 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Expert Committee on Specifications for Pharmaceutical Preparations*. WHO Technical Report Series 863, Geneva, 1996. Disponível in: <<https://is.gd/2wMzAQ>>. Acessibile in: Apr., 16th, 2017.

ZUMBANSEN, Peer. Transnational private regulatory governance: ambiguities of public authority and private power. *Law and Contemporary Problems*, Duke Law Scholarship Repository, vol. 76, n. 2, p. 117-138, a. 2013. Disponível in: <<https://is.gd/P0xjOD>>. Acessibile in: Apr., 25th, 2017.

MULTICULTURALISM AND HUMAN RIGHTS IN INDIGENOUS TRADITIONAL PRACTICES: A BRIEF ANALYSIS FROM THE BRAZILIAN LAW PROJECT Nº 1.057/07

O MULTICULTURALISMO E OS DIREITOS HUMANOS NAS PRÁTICAS TRADICIONAIS INDÍGENAS: UMA BREVE ANÁLISE DO PLURALISMO JURÍDICO A PARTIR DO PROJETO DE LEI Nº 1.057/07

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff

Doutora em Direito Internacional pela UFRGS, com período sanduíche junto à University of Ottawa (2018). Mestre em Direito Público pela Unisinos, com fomento CAPES (2012). Especialista em Relações Internacionais pela UFRGS (2015), em Direito Internacional pela UFRGS (2009) e em Língua Inglesa pela Unilasalle (2008). Pesquisadora convidada da Universidade de Toronto/Canadá. Professora Adjunta de Direito Internacional da Universidade Federal de Uberlândia.

Michelle Alves Monteiro

Especialista em Direito Público (ESMAFE/RS), Graduada em Direito (PUCRS). Integrante do SEMEAR (Núcleo de Assessoria Jurídica a povos e comunidades indígenas e Quilombolas), vinculado ao SAJU/UFRGS

Submetido em: 12/09/2018

Aprovado em: 10/12/2018

Abstract: The practice by some Brazilian indigenous people of sacrificing children for reasons that go according to each indigenous group led to the creation of Law Project number 1.057/2007, also known as “Muwaji Law”. Such proposal discusses about the criminalization of this practice, which is evaluated harmful as regards the treatment of children. It happens that, for some groups, such cultural manifestations are not conceived as detrimental because they have a different conception of life. Therefore, the discussion focuses on the debate about the (im)possibility of relativizing the right to life, due to the right to difference, to multiculturalism. In this way, the present article aims to analyze, at first, the conception of culture and cultural identity to, from this, deal with cultural diversity, based on the right to difference, as well as the anthropological theory derived from it, the cultural relativism and their divergence from ethnocentrism. Subsequently, the historical construction will be approached for the guarantee of human and fundamental rights, in order to understand the fundamental role of the dignity of the human person for the realization of these rights. Finally, the Law Project nº 1.057/2007 will be appreciated, exposing the arguments of the

existing theories on the subject, pointed out in the other chapters, concluding for the need of a legal pluralism against the plurality of cultures that cover Brazil.

Keywords: Human and Fundamental Rights; Indigenous Infanticide; Legal Pluralism; Multiculturalism.

***Resumo:** A prática por parte de alguns povos indígenas brasileiros de sacrificar crianças por motivos que variam de acordo com a crença de cada grupo indígena motivou a criação do Projeto de Lei n° 1.057 de 2007, também conhecido como “Lei Muwaji”. Tal proposta discorre acerca da criminalização dessa prática, avaliada como nocivas no que se refere ao tratamento das crianças. Ocorre que, para alguns grupos, tais manifestações culturais não são concebidas como lesivas, porque possuem uma concepção diversa sobre a vida. Destarte, a discussão tem por foco o debate acerca da (im)possibilidade de relativização do direito à vida, em razão do direito à diferença, ao multiculturalismo. Desta forma, o presente artigo possui como objetivo analisar, num primeiro momento, a concepção de cultura e identidade cultural para, a partir disso, tratar da diversidade cultural, com base no direito à diferença, assim como a teoria antropológica dela decorrente, o relativismo cultural e sua divergência ao etnocentrismo. Posteriormente, será abordada a construção histórica para a garantia dos direitos humanos e fundamentais, a fim de que se compreenda o papel fundamental da dignidade da pessoa humana para a efetivação de tais direitos. Finalmente, o Projeto de Lei n° 1.057/2007 será apreciado, expondo-se os argumentos das teorias existentes acerca do tema, concluindo-se pela necessidade de um pluralismo jurídico frente à pluralidade de culturas que abrangem o Brasil.*

Palavras-chave: Direitos Humanos e Fundamentais; Infanticídio Indígena; Pluralismo Jurídico; Multiculturalismo.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Multiculturalism and its repercussions. 3. Human and fundamental rights. 4. Law project n° 1.057/07 and its repercussions. Conclusion. References.

1 INTRODUCTION

Brazil is composed, due to historical aspects of colonization, by different ethnicities, beliefs and races, that is, the Brazilian society is coated by a plurality of cultures, so that each one of them has its own set of language, kinship, forms of life, finally, “worldview”. It is from this perspective that is questioned, increasingly, the incompatibility of the right to recognize and validate, on the one hand, in the legal order, several cultural manifestations established by the monist estate and, on the other, the role of this estate ahead of cultural practices that transgress certain rights guaranteed by normative instruments.

An example of this is the Law Project n° 1.057/2017, popularly known as “Muwaji Law”, which is being processed by the National Congress, disposed about the criminalization of some traditional practices of some indigenous peoples, among them, what it was stipulated to call “indigenous infanticide”, which consists in the sacrifice of the newborn by showing some of the requirements determined by the group in which it is inserted. Through this Law Project, it is intended

to inhibit this custom, so that fundamental rights, guaranteed by the Brazilian Constitution, and human rights, guaranteed internationally, are enforced.

As a reason for the approval of referred Project, there is the guarantee of the most relevant legal asset, life, under the justification that the child is guarded the dignity of the human person. It happens that, through anthropological studies, it was verified that Brazilian indigenous groups do not consider the practices described in the Law Project as harmful, since they have a unique conception of life and human being, different from the meanings of Western culture.

Therefore, focusing on the discussion between the right to cultural diversity and the right to life based on the principle of the dignity of the human person, that this present article aims the reflection on the impasse existing between the customs of different cultures within of a national territory that violate the rights guaranteed in the local legal order and the role of the State in the face of these transgressions with the justification of protecting human and fundamental rights guaranteed throughout history, having as scope the Law Project n. 1.057/2007.

Finally, it is pointed out that, for the accomplishment of this documentary study and qualitative bibliographic of applied nature, the deductive method was used as a form of approach based on general premises and aiming at the analysis of a concrete situation, such as the criminalization of indigenous infanticide.

2 MULTICULTURALISM AND ITS REPERCUSSIONS

The concept of culture is complex, since it encompasses various aspects of human groups. Culture is fundamentally associated with the process of building societies, symbolically, dynamically, which accompanies the development of individuals and social groups, expressing their language, their values, their behaviors, and ultimately their identity.

The anthropologist Geertz (2008, p. 4), following the Weberian line, in which the idea is defended that man is an animal that lives attached to a web of meanings created by himself, maintains that culture is not only this web, as their analysis. Thus, since human beings feel, perceive, reason, judge and act under the command of such symbols and their meanings, human experience is characterized by a meaningful, learned and finally interpreted sensation, so that Geertz (2008, p.21) advocates an interpretive analysis, as if culture were an interpretive science that seeks meaning, formed essentially by semiotics.

Regarding this, one has as:

It is through cultural patterns, ordered clusters of meaningful symbols,

that man finds sense in the events through which he lives. The study of culture, the accumulated totality of such patterns, is therefore the study of the machinery that individuals or groups of individuals employ to guide themselves in an otherwise obscure world. (GEERTZ, 2008, p.150)

It can be affirmed, hence, that culture ends up delineating human behavior, since it produces symbols, that is, instructions of conduct and/or reflections and insightful directions that guide the lives of individuals.

Consequently, the idea is adopted that the formation of a culture is full of elements and meanings that will identify this people and differentiate it from other communities; thus, arising the cultural identity, which is a complex of symbolic relations, which are socially shared throughout history and that establish the connection of determined values, being given by means of manifestations.

That is, cultural identity is constructed (HALL, 2005: 47), so that “a national culture” is a discourse - a way of constructing meanings that influences and organizes both our actions and our conception of ourselves” (HALL, 2005, p.50). For Hall (2005, p.8), identity varies according to the way in which the subject is questioned or represented; it is therefore a dynamic process.

Because of this, one of the greatest difficulties currently encountered in seeking the integration/coexistence of different cultures within the same social context, since each culture has a particular conception about the meanings of its symbology, and it is not always that the perception on the symbols coincide, is associated with the fact that one dominant cultural group (the Western) sees the different with eyes of superiority and the minority groups (the “Other”) being inferior and representing a threat to the preponderant society, because they hurt their own cultural identity (ROCHA, 2009, p.9).

It is in this context that one understands the difficulty in considering the “Other” according to their values, a characteristic of ethnocentrism, which, in Rocha’s words (2009, p.7), is elucidated as:

[...] a vision of the world with which we take our own group as the center of everything, and the other groups are thought and felt by our values, our models, our definitions of what existence is. On the intellectual plane can be seen as the difficulty of thinking the difference; on the affective plane, as feelings of strangeness, fear, hostility, etc.

Ethnocentrism evaluates different cultures according to the standards of their own society, which are used to impart values (whether correct or not) to the customs of the “Other.” In view of this picture, one can perceive that, since it is not allowed to give voice to the different so that it can say of itself, the image of it turns out to be distorted, prejudiced and manipulated, from ideological

longings (ROCHA, 2009, p.17), and the ideals of the “I” group, often harboring a xenophobic, racist, and ethnocidal sentiment.

On the other hand, in order to understand the “Other”, arises at the moment when the anthropological study sought a no more comparative and descriptive ethnographic method, the cultural relativism, which is shown by Rocha (2009, p.20), as:

When we see that the truths of life are less a matter of the essence of things and more a matter of position: we are relativizing. When the meaning of an act is seen not in its absolute dimension but in the context in which it happens: we are relativizing. When we understand the “other” in their own values and not ours: we are relativizing. Finally, to relativize is to see the things of the world as a relationship capable of having had a birth, capable of having an end or a transformation. See things in the world as the relationship between them. To see that truth is more in the eye than in that which is looked upon. To relativize is not to transform difference into hierarchy, into superiors and inferiors, or into good and evil, but to see it in its dimension of wealth by being difference.

In this way, the meanings of the dominant group cannot be called “universal truths” when the “Other” is analyzed, that is, one cannot reduce what is different from the moral judgment of one’s practices and customs, but rather to observe it on the basis of its characteristics and its elements. Da Matta (2010, p.15) reflects that relativism seeks the “transformation of the familiar into exotic and from exotic to familiar”. Cultural relativism is therefore a method that consists in the pretension to understand/interpret the symbolic senses given by other peoples/cultures other than their own and therefore must abstain from the ethnocentric view.

As key point to acceptance the “Other”, (Kymlicka, 2010, p.232) argues that:

[...] multicultural demands are interpreted by means of a set of ideas related to cultural authenticity and group identity. “Culture” is typically interpreted in terms of (or reduced to) a number of distinctive practices, preferably “traditional” or “authentic” practices. It is then said that these practices are essential for the identity of the group and therefore for the identity of the members individually considered, and should then be harmonized and protected by multicultural policies.

Souza Filho (2003, p. 77), in turn, explains that multiculturalism becomes essential before a State that protects, recognizes and seeks to convert all rights into individual. This is because society and its legal system have been constructed on the basis of a state limited by individualism, which transforms peoples’ collective rights into individual rights. Thus, multiculturalism plays a fundamental role as an emancipatory object, consisting, for this purpose, in the

defense of identity and cultural diversity, as well as its self-determination, since the intersection between cultures should not be considered as an overlap of a “dominant” tradition in the face of a “minority” culture, so that a multicultural society should be seen as an exchange of experiences among the most diverse communities (APEL, 2000, p.14).

Therefore, multiculturalism becomes indispensable once which seeks to change the societies considered as plurals that are exposed as homogeneous and founded on a single culture (MACHADO, 2010, p.159). And it is for this reason that the proponents of cultural relativism, based on multiculturalism, point out that the consequent differences of cultural diversity must be recognized and accepted, since each culture has its own meaning about symbols (language, art, kinship, clothing, etc.), then abstaining from the ethnocentric view that the dominant culture, the Western culture, is the only one to be taken into account.

3 HUMAN AND FUNDAMENTAL RIGHTS

In spite of the barbarities perpetrated during World War II and in retaliation for the brutalities and horrors committed by Nazism, it was aimed to recognize human rights as a matter of international concern and interest; hence, overtaking the control of the national state or its competence. Piovesan (2010, p. 122) points out that:

At a time when human beings have become superfluous and disposable, at the moment in which the logic of destruction is prevailed, in which the value of the human person is cruelly abolished, it is necessary to reconstruct human rights as an ethical paradigm capable of restoring the logic of the reasonable. The barbarism of totalitarianism meant the rupture of the paradigm of human rights, through the denial of the value of the human person as a source of law. Faced with this rupture, the need to build human rights emerges.

Thus, it is understood that, from the strengthening of the totalitarian state in the 1930s, humanity became aware of the supreme value of human dignity (COMPARATO, 2004, p. 55). And in view of this, the international community has been obliged to reconstruct human rights as an ethical and moral reference, so that it is not restricted only to the internal scope of the State, but also to legitimize it as an international interest (PIOVESAN, 2010, p 122).

The process of internationalization of human rights is based on limiting the sovereignty of the State, since this is one of the main violators of human dignity. An example of this occurred in 1945-1946 with the formation of the Nuremberg Tribunal, a military court, which had the competence to prosecute

those responsible for crimes against humanity and war crimes committed by the military and political authorities in the period of Nazi Germany and in Imperial Japan, it is of great importance for the reconstruction of human and fundamental rights, since it gives individuals the protection of their rights at the international level (PIOVESAN, 2010, pp. 124-128).

In this way, in order to strengthen this process was created in 1945, the United Nations, marking a new international order for the maintenance of peace and international security (PIOVESAN, 2010, p. 130), so that, from this conception, contemporary thinking is inaugurated, recognizing and affirming the natural rights of men (COMPARATO, 2004, p. 222).

The Universal Declaration of Human Rights, approved by the United Nations General Assembly on December 10, 1948, having as pillar ideals of the French Revolution, recognized, in the universal sphere, the supreme values of equality, freedom and fraternity among men (COMPARATO, 2004, 222), contained in Article I, which states that “all people are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and must act in relation to each other in the spirit of brotherhood”.

Having begun with the Declaration of Independence of the United States and the Declaration of Man and the Citizen of the French Revolution, the Universal Declaration of Human Rights sustains the culmination of a long ethical process that culminated in the equality of all human beings in their dignity as a person as universal recognition, that is, as a source of all values, regardless of race, color, language, sex, religion, opinion (COMPARATO, 2004, p. 225).

Thus, human rights came about as a result of the association of diverse sources, from the traditions rooted in the numerous civilizations to the union of philosophical-juridical thoughts (MORAES, 2011, p.2), theorized from the dissemination of the natural “justicians” and illuminist views, insofar as certain indispensable and inalienable rights were recognized to an individual for simply being part of the human species.

Fundamental rights, in turn, erupted only at a time when human rights precepts were constitutionalized, that is, they were incorporated into the Constitutions of the states-nation from which they became adherents. In a simple way, they were consecrated from the need to establish a minimum relation of human rights in a written document, derived from the popular will.

On the existing approaches between human rights and fundamental rights, Sarlet (2001, p.29) discipline that, “there is no doubt that fundamental rights, in

a sense, are also always human rights, in the sense that their holder will always be the human being, although represented by collective entities". Although used as synonyms, and even having as the basic point the focus and protection of the dignity of the human person, the terms have the greater distinction that fundamental rights refer to those rights of the man recognized and codified in the constitutional scope of a given State, while human rights concern the legal positions that are recognized to the human being, in the international sphere, independently of its connection to a specific constitutional order; and therefore, aiming at universality (SARLET, 2011, p.29).

In this way, Sarlet (2011, p. 32) points out that:

[...] human rights are related to a jusnaturalist (justicialist) conception of rights, whereas fundamental rights relate to a positivist perspective. In this sense, human rights (as inherent in one's own human condition and dignity) end up being transformed into fundamental rights by the positivist model, incorporating into the positive system of law as essential elements.

In addition, human rights and fundamental rights, according to Bobbio thought are necessary presuppositions for the functioning of the instruments that define the democratic regime, regardless of its foundations, that is, the constitutional norms which proclaim these rights are introductory rules that allow the unfolding of the game in a State and in a society, that seeks democracy (BOBBIO, 1997, 72).

With regard to the dignity of the human person as a core element of human rights, in view of its jusnaturalist conception, it is a foundation of the State, since it establishes one of the bases that legitimates and, at the same time, restricts its action, that is, in which it is objectively prevented that the public power commits violations of individual dignity of its citizens, determines that the State always has the scope to promote and guarantee a life with a minimum of dignity for all. That is to say, by using the dignity of the human person as a task, the State is obliged, in addition to the obligation to respect, the duty to promote conditions that provide and remove the barriers that make living with dignity difficult (SARLET, 2002, p. 109).

Therefore, one indulges in the possibility of establishing limits and restrictions on the dignity of the human person, in order to relativize it when faced with another cultural system, such as the indigenous question to be addressed below.

4 LAW PROJECT Nº 1.057/07 AND ITS REPERCUSSIONS

The practice by some Brazilian indigenous peoples of sacrificing children, whether for abandonment after birth, or by burial, among others, that meet the requirements stipulated by the community, as being a carrier of some physical or mental weakness, led the federal deputy Henry Afonso (PT/ACRE) to present the Law Project nº 1.057/2007, also known as “Muwaji Law”.

This proposal addresses the fight against these indigenous practices, which are considered to be harmful to the treatment of children; pretending, consequently to prevent them, with the aim of implementing human and fundamental rights, as well as all the normative instruments for the protection of life and childhood, which are conjectured in our legal system.

Accordingly, the content of said Project addresses “the fight against harmful traditional practices and the protection of fundamental rights of indigenous children, as well as belonging to other so-called non-traditional societies”, and exemplifies in its article 2 traditional practices which are considered to be harmful.

There is also criminal liability for non-Indians, attributed in the content of this Project in its articles 4 and 5, regarding the crime of omission of relief, that is, when one is aware of the situations described and does not communicate to the authorities established in the text, which are FUNASA, FUNAI, Guardianship Council, judicial and police authority, so that these entities, in case of knowledge about the facts without adopting appropriate measures, will also be held responsible for the same crime.

In cases where the group to which the child is inserted persists in the maintenance of the traditional practice considered to be harmful, article 6 states that it is the duty of the competent authorities to withdraw it provisionally; thus, placing it in shelters maintained by governmental and non-governmental entities, or further away from the conviviality of their parents. In addition, it establishes the unique paragraph of such article that, if the options are frustrated, the child can be directed to the adoption.

In this way, the Law Project introduces the issue of relativization of the right to cultural diversity, established in article 231 of the Brazilian Federal Constitution, since the interpretation of the validity of cultural manifestations must be made in accordance with the legal system (non-Indian and created by this).

For these reasons, since its dissemination, the Law Project nº. 1.057/2007 has been criticized and generated controversy not only among the indigenous communities involved, but also among human rights defenders, such as jurists

and religious entities, and anthropologists and indigenists for limiting the cultural manifestation of indigenous peoples who practice such customs considered harmful on the basis of the predominance of the dignity of the human person, built from a non-indigenous Western reality.

According to the research carried out by the anthropologist Marianna Assunção Figueiredo Holanda, in her master's dissertation entitled "Who are the human of the rights? On the criminalization of indigenous infanticide", life in the indigenous sense is usually given through a social construction, that is, it is through interaction with the group in which it is inserted that the child gradually has a character of person (HOLANDA, 2008, p.16), so that it is:

It is important to note that, unlike our biomedical convictions, among Amerindians there is no causality, or even simultaneity between "birth" and belonging to social life. A child who is "born" is not immediately made human, and therefore procreation is not a guarantee of kinship. This is because, for them, the consubstantiality that makes us consanguineous and related is not a fact, it is not a gift, but a condition to be continually produced by exchanges and relationships. That is why we talk about the elaboration of the person or of the personality, a continuous process of learning to be human being.

In this context, it is worth noting the prominence that the social and community conviviality has in order to conceptualize indigenous life. The meaning of what is to be human, as well as the organization of the community, for the indigenous peoples, are mainly attributed to the fundamental role that the body plays (SEEGER, DAMATTA, CASTRO, 1987, p. 13), a manner that conception of life affects the social and collective sphere, insofar as the perception of the individual is associated with corporality, that is, it is related to the exchanges, the reciprocities and the interactions (SEEGER; DAMATTA; CASTRO, 1987, p. 19), be it with the components of the same group, or with nature, with the non-Indian (HOLANDA, 2008, p. 37).

Therefore, it is possible to infer that the condition of being human is produced by the course of socialization. Thus, Holanda (2008, p. 38) explains that:

The status of person in Amerindian ontologies is not exclusive to humans beings, just as there may be human beings who are not going to become people. The relational dynamics that will form (or not) a personality, through the body reference, goes through the appearance: a continuous process of relationship and differentiation. It is the belonging to a community of substance (material and immaterial) that makes us people and bodies in elaboration, a movement that is condition for life.

The child may not be declared human by Amerindian society if some cases are evidenced, such as being the son of a single mother, has a physical and/or mental disability, is a twin, among others (HOLANDA, 2008, p. 59), since “it is the relations that will tell who is able or not to transform, to humanize or not to make social sense. It is the social that gives rope to the Amerindian world, which is the basis of its conceptions of what it should be” (HOLANDA, 2008, p. 44).

For this reason, for indigenous people, if the child is included in one of the hypotheses, it will be seen as incapable of reaching the human condition, so it cannot remain alive. And if the child is not considered a person, there is no occurrence of a crime, since, for that, the death of an individual is assumed. It is in this sense that Holanda (2008, p. 44) argues that:

[...] we are talking about *systems in which to die is necessary, rather, to belong*. This indicates that in order to think of the denial of the status of person to some beings we are not talking about death, crime or movement. The awakening of the social universe is as gradual a process as the acquisition of humanity; this is even the function of funeral rites, to withdraw the consubstantial. Rights that are not made for newborns that never belonged. No social mark is registered in these beings (g.n.)

As far as the right to cultural diversity is concerned, because Brazil is a multicultural country, the Brazilian Federal Constitution of 1988 has introduced in its article 231 the recognition of cultural plurality and multi-ethnicity, in order to guarantee the obligation of state power to respect and protect the cultural, economic and social rights of indigenous communities:

Thus, the Constitution is innovative because it breaks with the integrationist tradition, in the sense that indigenous communities are guaranteed the possibility of managing their own legal and administrative systems in their territories, in order to attest to the respect on the part of the State of the Brazilian Amerindian peoples to be able to express their identities (SOUZA FILHO, 2008, p.19).

Another international instrument used to guarantee collective and individual rights to the indigenous peoples is Convention 169 of the International Labor Organization, approved in 1989 and incorporated into the Brazilian legal system in 2004, which included the participation of representatives and indigenous organizations and which recognized the Indians as collective subjects of law, possessing ethnic identity and imprescriptible historical rights, as well as deliberated on the duties and responsibilities of the State to guarantee indigenous rights (SOUZA FILHO, 2008, p. 11).

In this aspect, Barbosa (2001, p. 228) points out that it was by virtue of this convention that indigenous peoples sought to recognize their ability to

control their own institutions, forms of life, identity, language and economic development. Thus, there is an international concern to ensure the rights of indigenous peoples, and their cultural manifestations being valid.

However, since there is not only a single concept of what life is, for example, since symbolic meanings vary from one culture to another, the right to cultural diversity is not fully realized within our juridical order, because it maintains the understanding that the monist state is only the producer of legality.

About that, Beltrão (2009, p. 5) asserts that:

They are ethnically differentiated communities, that are subject to the ethnocentricity of the society non-indigenous and, therefore, state legislations and policies that often do not understand and respect cultural diversity (...). Indigenous peoples cannot sit on the dock and be summarily “accused” of condemned practices in the Western world (...). The accusations not clarified, allow the return of authority and the limitation of freedom and rights.

As for the problem exposed, questioning the universalism of human and fundamental rights in relation to the nets of symbolic meanings of each culture in Brazil is pertinent, and the Law Project is one of the most diverse examples of conflict between human and fundamental rights and cultural diversity. It is observed that societies are not completely isolated (LÉVI-STRAUSS, 1952, p.17), that is, even if distant, the transfer of knowledge and information between different societies will always naturally happen, however in different degrees (COLAÇO, 2008, 44). Thus, only through alterity and tolerance, insofar as “by accepting the existence of the ‘Other’, one ends up recognizing in the world a place of many peoples” (KRENAK, 2001, 72) creating a greater and effective equality between different societies.

It is in this sense that the divergences between cultural relativism and human rights must be based, seeking as a solution the valorization of the dialogue between the different cultures, in order to overcome conflicts and agreement between them. According to Boaventura de Souza Santos (1997, p. 112), “all cultures tend to regard their maximum values as the most comprehensive, but only Western culture tends to formulate them as universal”. That is, each culture ponders its own meanings of the symbologies as the correct one, nevertheless the western one has like characteristic first the fact of wanting to impose its validity before the “Others”.

And it is on the basis of this judgment that the anthropologist maintains that human rights must admit an emancipatory policy of general domination

and local legitimacy. This refers to the need for human rights to operate in a cosmopolitan manner, that is, to assume a multicultural rather than a universal dimension (SANTOS 1997, p. 112). This is why multiculturalism is a condition for a harmony between not only local and global relations, in order to provide a counter-hegemonic human rights policy (SANTOS, 1997, p. 115).

Through this perspective the intercultural dialogue has, as a reference, the exchange of cultural information, that is to say, the transference between knowledge of systems of different symbols, so that, for this to happen, it must be recognized that each culture has its own conception of the dignity of the human person, as well as to recognize the incompleteness in relation to these conceptions (SANTOS, 1997, p. 116).

It is from this understanding that pluralism is linked to alterity and cultural diversity as a counter-hegemonic form, since it stimulates, effectively, the relation between the new subjects and the institutional power, creating a participatory community process, so as to establish more pluralist resources for the exercise of democracy (WOLKMER, 2008, p.186).

As a result, the importance of pluralism is to understand the different multicultural elements, so that, because by having a society formed by multiculturalism, pluralism must be implanted as an instrument that recognizes the collective values consolidated in the cultural extension of each community, thus encouraging the participation of minority peoples and ethnic groups (WOLKMER, 2010, p. 41).

It is, in this perspective, that legal pluralism is defined as a counterpoint to the extremes of legal monism, since it is based on autonomy, difference, tolerance and interculturality (WOLKMER, 2010, p. 42; SQUEFF, 2016, p. 185-190). Thus, pluralism “has as its intent, autonomous and authentic normative practices generated by different social forces or plural and complementary legal manifestations, whether or not can be recognized, incorporated or controlled by the State” (WOLKMER, 2008, p 189).

Legal pluralism, in addition to discussing the possibility of a set of different centers of elaboration of juridical norms within a same society, that is to say, they sustain the existence of legal confirmations not only came from the State, admits the viability of the individuals being subject to interdependent and autonomous norms (SANTOS, 2009, p.38). Hence, legal pluralism is sought as an alternative, an effective way out of some social problems, which is determined by the presence of a right not deriving from the State.

CONCLUSION

Based on the present research, it can be seen that culture is conceived as a web of meanings about symbols that are observed particularly by each community, involving art, music, the way of living, language, kinship, among others factors. Brazil, due to its political-economic-historical-social aspect, is composed of vast cultural diversity, which, although guaranteed by the Federal Constitution of 1988, finds difficulties for the maintenance of its traditions.

In this respect, theories were developed in order to questioning the universality of human rights, as supported by a Western hegemonic view. Thus, we have relativistic doctrines, which do not accept the presence of universal values, and we must observe the individuality of each culture according to its conceptions about a certain subject. In contrast to the aforementioned doctrine, there are human rights defenders, who justify the universal jusnaturalist character of these rights in the sense that all men, regardless of the culture in which they are inserted, are intrinsically entitled to rights. The problem that can be seen after approaching the two theories throughout this work is the fact that they are not enough.

The argument used to approve the Law Project nº 1.057 / 2007 is that, although the right of indigenous peoples to recognize and practice their traditions is constitutionally recognized, article 231, of the Federal Constitution, must be analyzed according to the principle, basis and foundation of the Democratic State of Law, which is the dignity of the human person, as well as in accordance with fundamental rights and other norms conjectured in the Brazilian legal system that ensure and protect the child. Whereas, for the anthropological conception of relativism, such an article should be interpreted as having scope in the meanings between the most diverse cultures, since the indigenous have different conceptions about legal norms, about the concept of life, and, finally, about symbols.

Given that culture drives human behavior, we must provide inquiries and understand that there are many ways of perceiving the concepts of being human, of life, of justice, since Brazil has a vast plurality of cultures. It is in this sense, after reflections and questions brought from the formulation of this work, that the traditional indigenous practices, set forth in Law Project nº. 1.057/2007, cannot be criminalized, since it is verified that the measures proposed by the Law Project nº 1.057/2007 are based on Eurocentric and hegemonic meanings, ignoring the indigenous conceptions.

It should also be noted that the indigenous peoples involved in the debate did not participate in the preparation of the aforementioned project, which have the

right to participate in the legislative and political procedures that concern them, in accordance with ILO Convention 169, which determines the right of indigenous communities to consultation. Given these considerations, it is therefore possible to understand the meanings that are found in indigenous communities in Brazil, even before seeking a response to the demarcation.

Through dialogue, indigenous peoples should be given a voice, listening to what they have to say, so that cultural particularities cannot be overlooked, since they cannot be deprived of their right to self-determination and must be respected, with focus in tolerance and alterity, the differences, so that there is no need for legislative measures to “combat” these traditional practices called “harmful”.

From the establishment of a multicultural state, the full recognition of indigenous cultural self-determination and respect for cultural diversity can be given in Article 231 of the Federal Constitution of 1988 and in Convention 169 of the ILO.

In this perspective, in the context of legal pluralism, the State should appreciate the legal systems of each culture, so as to abstain from the absolute and unquestionable subjection of Eurocentric, colonialist, white and patriarchal state power, so that, if conflicts arise by virtue of interaction among peoples, should not impose a single plausible solution without ascertaining all other possibilities arising from legal pluralism rooted in the cultural plurality of the Brazilian State.

Thus, the multiplicity of cultures encompassed in Brazil is still ignored by state power and society as a whole, so that the pursuit of equality and justice is important for the realization of legal pluralism.

REFERENCES

- APEL, Karl-Otto. O Problema do Multiculturalismo à luz da ética do discurso. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. *Ética: Cadernos Acadêmicos*. v. 7. n. 1. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 2000.
- BARBOSA, Marco Antonio. *Autodeterminação: direito à diferença*. São Paulo: Plêiade, 2001.
- BELTRÃO, Jane Felipe. *Crianças Indígenas e o humanismo etnocêntrico*. 2009.
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.
- COLAÇO, Thais Luzia. *Elementos de Antropologia Jurídica*. Santa Catarina: Conceito Editorial, 2008.
- COMPARATO. Fábio Konder. *A Afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

DAMATTA, Roberto. *Relativizando: uma Introdução à Antropologia Social*. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das Culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Traduzido por Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. *Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena*. 2008. Dissertação. (Mestrado em Antropologia Social) – Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

KRENAK, Aílton. Uma visita inesperada. In: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi; VIDAL, Lux Boelitz; FISHMANN, Roseli (Org.) *Tolerância e Povos Indígenas: construindo práticas de respeito e solidariedade*. São Paulo: EDUSP, 2001.

KYMLICKA, Will. Multiculturalismo Liberal e Direitos Humanos. In: IKAWA, Daniela; SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Raça e história*. São Paulo: Martins Fontes, 1952.

MACHADO, Maria Costa Neves. *Direito à diferença cultural: a igualdade e a diversidade cultural dos seres humanos/o direito à diferença cultural na atualidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROCHA, Everardo P. Guimarães. *O que é etnocentrismo*. São Paulo: Brasiliense, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Lua Nova*, São Paulo, CEDEC – Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, n. 39, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SEEGER, Anthony; DAMATTA, Roberto; CASTRO, Eduardo Viveiros de. A construção da pessoa nas sociedades indígenas brasileiras. In: OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de Oliveira (Org.). *Sociedades indígenas e indigenismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1987.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Boaventura de Sousa Santos (Org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Estatuto dos Povos Indígenas. *Série Pensando o Direito*. n. 19/2009, Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL), 2008.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso. *Estado Plurinacional: A Proteção do Indígena em Torno da Construção da Hidrelétrica de Belo Monte*. Curitiba: Juruá, 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos. In: *Teoria Crítica dos Direitos Humanos no Século XXI*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: um espaço de resistência na construção dos direitos humanos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Veras; Lixa, Ivone (Org.). *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS CELEBRADOS PELA FAZENDA PÚBLICA EM FACE DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA ANTICORRUPÇÃO

THE LEGAL BUSINESS PROCESSES CONCLUDED BY THE STATE IN FACE OF THE PRINCIPLE OF ISONOMY AND ANTI- CORRUPTION

Gabriela Quinhones de Souza

Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa; Mestre em Direito pela Universidade Salesiano de São Paulo (UNISAL); Professora da Disciplina Direito Processual Civil.

Pablo Jiménez Serrano

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Oriente, Cuba. Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo- UNISAL. Professor e pesquisador do Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA. Professor e pesquisador do Centro Universitário de Barra Mansa – UBM.

Submetido em: 08/08/2018

Aprovado em: 10/12/2018

Resumo: O presente artigo tem por objetivo discutir a possibilidade e a necessidade de a Fazenda Pública celebrar negócio jurídico processual *pré* e *pós* ajuizamento da demanda, com base nos princípios da impessoalidade, da moralidade e em face da eticidade na administração pública. Com base numa pesquisa teórica, doutrinária e documental investiga-se a correlação possível existente entre o negócio jurídico processual e o combate à corrupção. Conclui-se que, o negócio jurídico processual, como contrato administrativos, sujeita-se às regras de direito administrativo, motivo pelo qual reafirma-se a necessidade da transparência e do controle por meio das regras de *compliance* para fins do combate à corrupção e contrário aos privilégios dos gestores públicos e do setor privado.

Palavras-chave: Negócio Jurídico Processual; Administração Pública; Corrupção.

Abstract: *The purpose of this article is to discuss about the possibility and necessity of the Public Treasury entering into legal business before and after the application of the lawsuit, based on the criteria of impersonality, morality and ethics, that is, based on good administration. Based on a theoretical, doctrinarian and documental research, the possible correlation between the legal process and the fight against corruption is investigated. It is concluded that the procedural legal business,*

as administrative contract, is subject to the rules of administrative law, which is why we affirm the necessity of the application of transparency and of control in the conclusion of the business by means of the rules of compliance, for purposes of anti-corruption and of not privileging public managers and the private sector.

Keywords: *Legal Business Process; Public Administration; Corruption.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Negócios jurídicos processuais celebrados pela Fazenda Pública. 3. Negócio jurídico processual da Fazenda Pública e os princípios da publicidade e da isonomia. 3.1. A publicidade do negócio jurídico processual da Fazenda Pública. 3.2 A isonomia no negócio jurídico processual da Fazenda Pública. 4. Negócio jurídico processual da Fazenda Pública e o princípio anticorrupção. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

No presente artigo privilegia-se uma discussão acerca da significação da ética pública, e mais especificamente, da ética administrativa, aqui consideradas caminhos possíveis para a erradicação da corrupção e suas consequências, a saber, pobreza, violência, exclusão social e não cidadania.

Contudo, significa-se a ética pública como uma dada extensão da Ética que se ocupa dos problemas coletivos. Neste sentido,

A Ética Pública é uma ética coletiva, processo no qual os indivíduos vão gerando pautas de condutas para um melhor desenvolvimento da convivência e uma maior expansão da autonomia e da liberdade do ser humano. Nesse caminho estão implicados os cidadãos, as organizações e instituições do Estado: entidades econômicas, empresariais, organizações, associações, atividades profissionais e a opinião pública. Qualquer discurso sobre Ética Pública nos exorta a reconhecer que seres humanos são seres sociais e que a sociedade se expressa como um sistema equitativo de cooperação social e de representantes racionais dos cidadãos que elegem os termos da cooperação sujeitos a condições razoáveis, surgindo assim o sistema de direitos fundamentais e as liberdades básicas. Esta realidade nos obriga a viver em sociedade e a tentar superar o conflito que toda convivência engendra. Daí a procura por regras de condutas que permitam a convivência. Tudo isso, justifica a necessidade de aceitar normas que podem ser contrárias a nossos desejos e, incluso, a nossa concepção de bem-estar (VILLORIA, 2000, p. 18-19).

Admite-se, pois, que os dilemas morais próprios da ética pública pretendem resolver conflitos que derivam do confronto dos valores, princípios e normas, conflito cuja solução pretende ser universal e imparcial. Logo, quando se fala em

ética pública procura-se deixar de lado o âmbito da *moral privada*, um âmbito no qual cada indivíduo define fins, prioriza valores e delimita regras de conduta conforme a sua própria concepção de “bem”. Eis aí que os enunciados éticos da moral privada somente podem orientar-se de forma individual a um ou a outro sujeito, o que não impede que devam ser compatíveis com as normas morais válidas.

Logo, a ética pública trata de definir o que não é conveniente para a coletividade, o que poderia constituir um modelo moral básico de caráter universal dado o caráter racional dos fins, valores e prescrições de conduta, modelo compatível com a própria busca razoável do “bem”. E é precisamente por isto que ela se estende a todos os indivíduos membros de uma sociedade (VILLORIA, 2000, p. 18).

No ano de 2015 o Estado Brasileiro promulgou a Lei Ordinária 13105/2015, chamada de o Novo Código de Processo Civil Brasileiro que trouxe consigo uma gama de novidades processuais e que propicia o debate acadêmico de diversos institutos até então não aplicados no ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre as novidades, o chamado negócio jurídico processual, cuja finalidade é permitir que as partes promovam o autorregramento do processo antes da existência da demanda ou no curso dela, nos termos dos artigos 190 e 191 do Código de Processo Civil Brasileiro. Trata-se de uma das mais importantes novidades da nova legislação processual brasileira.

Neste autorregramento, discute-se a possibilidade de a Fazenda Pública celebrar negócios jurídicos processuais típicos e atípicos, haja vista a indisponibilidade do interesse público e do princípio da isonomia que o ente público deve assegurar a todos os administrados.

No âmbito desta investigação, outra temática foi trazida à baila de estudo, qual seja a utilização do negócio jurídico processual celebrado pela Fazenda Pública, sob a ótica do princípio da anticorrupção. Isto porque os negócios jurídicos celebrados pelo ente público sujeitam-se a fiscalização e devem obedecer a critérios de transparência para viabilizar o chamado *accountability*.

Mundialmente discute-se a necessidade de idealizar formas de combate à corrupção, levando em conta as fragilidades das diversas instituições; o que pode ser chamado de crise da ética e da moralidade.

Dentre as instituições tem-se o Poder Judiciário, aquele que é exercido pelo Estado com função de pacificação social, garantia do Estado Democrático de Direito e do acesso à justiça. Contudo, o próprio Poder Judiciário não tem estado imune à teia de corrupção, seja no âmbito Nacional – Brasil, seja no âmbito internacional.

A presente investigação longe de ser uma tese finda em si mesma, coloca em destaque a necessária aplicação do princípio da moralidade nos negócios jurídicos processuais celebrados pela Fazenda Pública e suas formas de controle.

2 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS CELEBRADOS PELA FAZENDA PÚBLICA

A possibilidade de negociação processual não é totalmente novidade para os processualistas, mas a sua nova forma de gestão processual com a ampliação das suas possibilidades, vem movimentando os doutrinadores e pesquisadores no estudo dos artigos 190 e 191 do CPC/2015, com os negócios típicos e a cláusula geral de negociação (CIANCI; MEGNA, 2017, p. 654).

Na realidade a legislação anterior (CPC/73) já permitia o autorregramento de forma incipiente como a possibilidade de desistência de recurso, reconhecimento do pedido do autor e, ainda, eleição de foro para fins de fixação da competência.

Igualmente, a doutrina afirma que na possibilidade de celebrar negócios processuais, a autonomia da vontade apenas pode versar sobre procedimento e nunca sobre processo, haja vista a determinação expressa da Constituição Federal acerca da competência exclusiva da União em legislar em matéria processual (REDONDO, 2017. DINAMARCO, 2001).

Em que pese o posicionamento citado, pensa-se não ser o melhor entendimento. A uma, pois os negócios processuais típicos previstos no CPC/2015 envolvem temas essencialmente processuais como competência e prova, cuja previsão foi feita diretamente pelo legislador com efeitos previstos em norma. Logo, não seria coerente admitir a invalidade do negócio jurídico em razão de temas processuais. A duas, pois o CPC/2015 traz cláusula geral de negociação e não caberia ao legislador limitar as hipóteses de negociação, já que não lhe seria crível imaginar todas as hipóteses de celebração de negócios jurídicos processuais (BOCALON, 2016, 37).

Afirma-se que a possibilidade de as partes celebrarem negócio jurídico não retira a possibilidade do controle de validade do ato, de acordo com a teoria geral dos negócios jurídicos (boa-fé objetiva, existência, validade e eficácia), bem como não afasta a aplicação de princípios constitucionais como o devido processo legal e, ainda, a intervenção do Estado para fins de controle do ato.

Como explicitado anteriormente, a celebração do negócio jurídico no seio processual traz à baila o verdadeiro processo dialogado, dialético, cooperativo e acesso à justiça com análise das características da demanda em específico e não de forma geral (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p.533).

Assim, a dicotomia entre direito público e direito privado começa a ser abrandada (SANTOS, 2017, P. 678). Neste contexto passa-se a análise da possibilidade de a Fazenda Pública celebrar negócio jurídico processual.

Ora, primeiro ponto discutido pela doutrina acerca da participação da Fazenda Pública na celebração do negócio jurídico processual está na análise do teor do artigo 190 do CPC/2015. Segundo a norma o negócio jurídico pode ser celebrado quando o direito envolvido admitir autocomposição.

A redação do art. 190 do CPC/2015 de certo não é a melhor. A norma se refere a direito previsto em relação jurídica de direito material ou de direito processual? Entendo que a norma positivada refere-se a relação jurídica de direito processual e não de direito material para permitir a celebração de negócios que sejam adequados à realidade da demanda.

A visão do intérprete deve ser aquela a alcançar a maior efetividade da norma e entender pela interpretação restritiva é o mesmo que afirmar que a norma do art. 190 do CPC não se aplica à Fazenda Pública. Assim, pensamos que o legislador no momento em que fez a previsão normativa não tinha a intenção de excluir o ente público da possibilidade de celebração do negócio jurídico, pois caso contrário teria dito expressamente que a norma não alcançaria a Fazenda Pública. Todas as vezes que o legislador pretende que a norma não se aplique a determina pessoa ou ente o faz de forma expressa e se não o fez aqui para a Fazenda Pública é porque o sentido da norma é pela sua aplicabilidade (CIANCI; MEGNA, 2017, P. 259-261).

Admitindo que a norma indica a aplicabilidade da possibilidade da celebração do negócio jurídico que envolve a relação processual pode a Fazenda Pública negociar, auto gerir suas prerrogativas? Há ofensa à supremacia do interesse público? É certo que algumas negociações já ocorrem no âmbito processual, com a chancela do Poder Judiciário, quando há pedido de suspensão do processo para a viabilidade de acordo, nos casos permitidos, por exemplo. Assim, com base na autoexecutoriedade dos atos administrativos pode perfeitamente a Fazenda Pública celebrar negócio pré-processual e endo processual. Cabe ao Poder Judiciário a análise dos requisitos de validade do negócio jurídico e não sobre a autonomia da vontade para celebrar o negócio jurídico pelo ente público. É certo ainda, que o Ministério Público será ouvido para manifestar-se sobre a existência ou não de interesse público e sobre a necessidade de sua atuação como fiscal do ordenamento jurídico (CIANCI; MEGNA, 2017, p. 663-665).

Neste quesito é importante ressaltar que o próprio legislador indicou no art. 178 do CPC/2015 que a simples permanência da Fazenda Pública no polo da demanda não indica necessariamente a existência de interesse público, ou seja, o

legislador indica que a Fazenda Pública pode estar em juízo e que seu interesse na causa tenha natureza de direito privado, o que por si só afasta a intervenção do Ministério Público no processo civil como fiscal do ordenamento jurídico por não existir o chamado interesse público.

Outro ponto que merece destaque é que no direito administrativo moderno não se discute a capacidade contratual da Fazenda Pública (SALLES, 2011, p. 217 e 297). Logo, há motivos para limitar a possibilidade da celebração do negócio jurídico processual típico ou atípico pelo ente público.

É certo, que os princípios da eficiência, transparência e isonomia precisam ser respeitados de forma que o interesse pessoal do gestor não interfira na possibilidade de utilização do negócio jurídico processual, bem como a dicotomia do direito público e do direito privado e o seu tratamento absoluto não pode impedir que novos institutos possam ser utilizados de forma ampla pelo poder público para fins de otimizar a sua prestação de serviços e a forma da solução dos conflitos que os envolvem.

3 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL DA FAZENDA PÚBLICA E OS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA ISONOMIA

Na seção anterior indicou-se como premissa válida e decisiva que a Fazenda Pública pode celebrar negócios jurídicos processuais, com base na legislação brasileira, com justificativa principiológica e doutrinária.

Uma vez estabelecida essa possibilidade, faz-se necessário o estudo dos princípios de direito administrativo e, em especial, o princípio da isonomia como fator de validade do negócio jurídico processual, a saber, publicidade e isonomia.

3.1 A PUBLICIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL DA FAZENDA PÚBLICA

Atualmente se discute a possibilidade de celebração de negócio jurídico no âmbito processual, posto tratar-se de instituto tipicamente privado e comumente estudado no âmbito do direito civil.

É certo que houve época em que a divisão entre o público e o privado era absoluta. Assim, por exemplo, as situações vivenciadas no Estado Liberal, em que o Estado não participava das decisões privadas trazendo para o seio social um nível elevado de desigualdades, em especial na área trabalhista.

Assim, diante de derrocada do Estado Liberal vem o Estado Social, em que a participação do Estado passa a ser maior para assegurar questões e situações

sociais mínimas ao cidadão, mas com atuação, ainda, repita-se, mínima, diante da autonomia de vontade no setor privado. Nesse contexto, divide-se o direito público como direito do Estado, tutelando interesses gerais e em direito privado os interesses do homem. Daí, pode-se dizer que a divisão entre direito público e direito privado era absoluta.

O Estado Social entra em colapso e com ele surge o Estado Democrático de Direito, com base em normas constitucionais e cuja concepção está no exercício efetivo da cidadania participativa. A partir deste momento, os critérios e princípios constitucionais passaram a ser o vórtice de toda estrutura do ordenamento jurídico e neste sentido passou-se a ter a publicização do direito privado.

O fenômeno da publicização não é mais objeto de questionamento, pois entendeu-se que apenas por meio da efetiva análise das normas e relações privadas com base no axioma constitucional é que o Estado Democrático de Direito estava de fato definido e atuante. Em termos processuais, a busca da efetividade da justiça.

A questão polêmica foi o movimento contrário, ou seja, a aplicação da autonomia da vontade e liberdade no âmbito do direito público, como o negócio jurídico na seara processual.

Como demonstrado, anteriormente, a busca pela efetividade da justiça indica que o Estado não pode ser o centralizador da pacificação social; que nos conflitos dos interesses as partes precisam mostrar-se capazes de dialogar entre si para melhor alcance do sentido da justiça (CIANCI; MEGNA, 2017, p. 651). Assim, o processo cada vez mais precisa ser dialético, cooperativo entre as partes e o juiz - Estado não pode ser a figura central desta relação, mas as próprias pessoas envolvidas (BOCALON, 2016, p. 21-23).

Certamente, a cooperação entre as partes e a possibilidade de autorregramento e negociação processual, não retira do direito processual seu caráter publicista, mas confere a ele uma nova forma de interpretação e de atuação Estatal. É o verdadeiro sentido do acesso à justiça, com o contraditório participativo e efetivo capaz de influenciar a motivação da decisão judicial.

3.2 A ISONOMIA NO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL DA FAZENDA PÚBLICA

A isonomia constitui-se como princípio constitucional – art. 5º da Constituição Federal Brasileira, e indica que a todo cidadão deve ser garantido o tratamento igualitário para os efeitos legais, ou seja, a norma não pode trazer privilégios para pessoas determinadas.

Além da previsão constitucional, o princípio da isonomia ou paridade de tratamento também se constitui como norma processual em que o julgador tem o dever de dar tratamento igualitário às partes do processo.

Sempre que a igualdade de tratamento no processo possa trazer prejuízo ao acesso à justiça ou indique ônus excessivo a uma das partes, em razão da vulnerabilidade de sua posição, o julgador no caso concreto pode dar tratamento diferenciado para alcançar o preceito ideal de igualdade, no seu aspecto material.

Essa isonomia processual que gera a igualdade material na relação processual se faz importante em razão do princípio do contraditório que na seara processual passou a ter uma característica específica, qual seja efetivo. A efetividade do princípio do contraditório é aquela que determina que a manifestação das partes nos autos do processo seja de forma suficiente a interferir na motivação da decisão judicial (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 501). É o que indica o verdadeiro sentido de processo dialético e dialogado (ABREU, 2017, p. 318-319/321-322).

Ocorre que em termos de negócio jurídico processual celebrado pela Fazenda Pública a isonomia deve ser estudada no âmbito do direito administrativo em conjunto com o direito processual, de forma que as demandas eleitas pelo ente público como aptas a celebração do negócio o sejam para todas as pessoas em situação similar e nunca para privilegiar pessoa específica ou sobrepor o interesse particular do próprio administrador.

A isonomia ou impessoalidade em sede de direito administrativo indica que o ente público deve dar tratamento igualitário aos administrados sem discriminações pessoais em razão de ideologia ou política (BANDEIRA DE MELO, 2014, p. 117). A regra da isonomia está adstrita ao que prescreve o art. 37 da Constituição Federal.

Assim, sugere-se que a Fazenda Pública, por meio da autoridade competente, emane ato normativo indicando os critérios objetivos para a celebração de negócio processual, em especial atípico. Neste ponto utiliza-se como parâmetro a doutrina de direito administrativo para a validade do ato administrativo, quais sejam os requisitos: competência, forma, finalidade, objeto e motivo.

Inclusive, a Fazenda Pública pode indicar se o negócio jurídico a ser celebrado será pré ou pós ajuizamento da demanda. Diante das especificações do próprio ente público, outro tema de discussão em filigrana resolve-se, qual seja, o princípio da legalidade previsto no art. 37 da Constituição Federal Brasileira.

O mais importante na indicação dos tipos de casos sujeitos ao negócio jurídico processual é que ao indicar os critérios objetivos, o princípio da isonomia

será respeitado e o ente público não fará distinção de pessoas, mas de situações que são, segundo o administrador, de interesse do ente público para solução mais célere e dialogada.

Este preceito faz com que o Estado cumpra exatamente o mandamento constitucional de acesso à justiça, ressaltando-se a diferença entre esta e o acesso ao judiciário (CAPELLETTI, 2002, p. 30-31). Além de cumprir com os preceitos de uma boa administração com implementação de políticas públicas para a rápida solução de litígios com a própria administração pública.

4 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL DA FAZENDA PÚBLICA E O PRINCÍPIO ANTICORRUPÇÃO

Uma vez que tenhamos traçado a validade do Negócio Jurídico Processual celebrado pela Fazenda Pública, importante destacarmos o último item desta investigação, qual seja, a sua utilização como vetor anticorrupção e sua fiscalização. E por qual motivo o negócio jurídico processual estará entrelaçado ao princípio da anticorrupção? No nosso entendimento esta correlação se faz, posto que uma vez celebrado o negócio jurídico processual entre Fazenda Pública e particular, este negócio terá natureza de contrato público, administrativo e como tal deve submeter-se às regras que visam o combate à corrupção e a favorecimento dos gestores e/ou particulares que contratam com a Fazenda Pública.

Neste contexto, o presente tópico inicia com o estudo do princípio da anticorrupção e sua aplicabilidade ao ordenamento jurídico brasileiro.

Importante destacar que a corrupção é um fenômeno que assola o mundo como um todo, quase como um efeito da globalização das relações. A corrupção não ocorre apenas em países menos desenvolvidos ou que tenham a economia mais instável. Trata-se de um verdadeiro mal da humanidade e atinge todas as sociedades. Assim, cada vez mais são necessários mecanismos de controle e de transparência das atuações, em especial dos entes públicos (Relatório Anticorrupção da UE, 2014).

O fenômeno da corrupção mostra-se cada vez mais com consequências multidisciplinares, ou seja, em várias áreas do conhecimento como filosofia, sociologia, econômica, jurídica, política, militar, dentre outras (Relatório Anticorrupção da UE, 2014). Daí que toda a sociedade precisa participar dos mecanismos de controle. O Poder Judiciário é apenas mais uma forma de controle e não a única (KIPPER, 2016, p. 08).

Pode-se afirmar que a corrupção ocorre sempre que num sistema normatizado uma ou mais pessoas possuem atribuição para tomada de decisão e acaba

por obter vantagem para si em detrimento do interesse social maior. A vantagem necessariamente não precisa ser econômica, mas pode ter outros contornos (KIPPER, 2016, p. 08).

Nesta linha de intelecção torna-se cada vez mais veemente o controle dos atos praticados pelos administradores no interesse do bem comum, do bem social e do bem coletivo. A atuação do administrador precisa estar pautada em ética e moralidade, e o sistema de controle interno e externo da administração deve ser efetivo. É o que a doutrina entendeu por chamar de princípio da boa administração.

No Brasil, a boa administração ainda é tratado como princípio implícito corolário da moralidade, ética, eficiência e impessoalidade, conforme dizeres de Helly Lopes Meirelles:

A moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do “bom administrador” (...) e continua “Há que conhecer, assim, as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto, nos seus efeitos.” E na página 97 conclui: “De certa forma a moralidade administrativa se compara à boa-fé objetiva do Direito Privado, na qual é vista como uma norma de comportamento leal ou um modelo de conduta social, arquetipo os standart jurídico, ao qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, honestidade (MEIRELLES, 2016, p. 96).

Já no âmbito da União Europeia, a boa administração alcançou o *status* de princípio explícito com sua previsão expressa normativa no art. 41º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), e de cumprimento obrigatório e vinculativo a todos os órgãos públicos, organismos da União Europeia e Estados Membros, por força do art. 6º, nº 1 do Tratado da União Europeia. Este é um bom caminho para que países como o Brasil possam fazer a previsão explanada do princípio da boa administração, já que seu conceito se coaduna com os preceitos do Estado Democrático de Direito. Como explica Machado:

O art. 41º da CDFUE consagra o direito a uma boa administração como direito de cidadania europeia. Pretende-se criar uma administração bem dirigida, com capacidade de prestação, funcionalmente ordenada e adequada, estruturada com base nos direitos fundamentais e nos princípios estruturantes do direito da UE, como a democracia e o Estado de Direito. Em rigor, como resulta do teor literal do preceito, trata-se de um direito de todas as pessoas, físicas e colectivas, que por qualquer motivo entrem numa relação com os serviços administrativos da UE. O mesmo pretende concretizar, na relação entre a administração da UE e os particulares, os princípios da igualdade, da justiça e da eficiência e eficácia da

equidade procedimental. O direito abrange as garantias de procedimento administrativo, como direito de audiência, o direito à consulta dos processos em que esteja envolvido – sem prejuízo do sigilo profissional e comercial – o direito à fundamentação das decisões da administração, o direito à indenização por danos e o direito de queixa junto às autoridades administrativas. Trata-se de um elenco não taxativo, que remete para um amplo conjunto de garantias administrativas substantivas e procedimentais reconhecidas, quer pela jurisprudência constitucional dos Estados-membros, quer pela jurisprudência do TEDH (MACHADO, 2010, p. 254-255).

Nesse contexto, a possibilidade de a administração pública celebrar negócios jurídicos processuais está pautada na boa administração, pois torna a prestação jurisdicional mais rápida e mais eficaz ao administrado. Contudo, a própria boa administração indica que a sua atuação deve ser transparente, ética, proba. Agindo desta forma, o controle dos atos administrativos na celebração do negócio jurídico se coloca à sociedade de forma mais clara e de maior verificação da aplicação da equidade e isonomia.

O cidadão deve confiar que o Poder Público atuará de acordo com o cumprimento da sua obrigação e que no caso concreto deve optar por soluções mais rápidas e mais eficazes. Neste entendimento pauta-se a possibilidade de a administração pública celebrar negócio jurídico processual antes do ajuizamento da demanda para estabelecer critérios de sua atuação de forma mais “rápida, célere, equitativa, simples e desburocratizada” (FERNANDES, 2015, p.29) de acordo com o caso concreto.

A questão da boa administração como princípio está consolidada no âmbito da UE nos atos normativos emanados a todos os Estados Membros e determina sua aplicação obrigatória para o gestor público.

Já como dever, a boa administração se traveste desta forma força do dever de moralidade, isonomia e ética na atuação pública dos gestores na busca do bem comum e prevalência dos interesses coletivos, com proibição da prática de atos desonestos ou desleal. E como direito, pois consagrado com a natureza de direito fundamental com previsão expressa como dito acima, o que permite ao cidadão administrado exigir o cumprimento do preceito normativo da boa administração. No Brasil, embora não previsto explicitamente, tem-se esse mesmo entendimento da boa administração.

Partindo do pressuposto de que a administração tem o dever de atuar pautada na ética, impessoalidade, isonomia e moralidade para fins de boa administração, é preciso verificar se a celebração do negócio jurídico processual para fins

de melhoria ao acesso à justiça e solução rápida dos litígios para com a administração pública é ato discricionário ou não.

A princípio, existe a ideia de que a administração não pode ser obrigada a celebrar o negócio jurídico, pois como tal um dos requisitos de validade é a autonomia de vontade para negociar. Contudo, a discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade para a não celebração do negócio jurídico processual e tão pouco ser utilizada para fins de escolha e de privilegiar alguns particulares para tal finalidade. Caso isto ocorra, a celebração do negócio jurídico processual estará viciada e maculada pela ofensa à isonomia, ética, moralidade, impessoalidade, enfim pela ofensa à boa administração.

Com o fim de prevenir atos que possam levar a ofensa à boa administração e ao mesmo tempo permitir a participação popular no controle dos atos administrativos, como no caso em estudo os negócios jurídicos processuais, é de bom alvitre que se instale na seara da administração pública o sistema de *compliance* (FERNANDES, 2015, p. 54), inclusive para coibir atos de corrupção.

O Negócio jurídico processual como dito em item anterior é ato jurídico celebrado entre a administração e o particular para adequação de procedimentos judiciais aos casos concretos em que estejam demandando particular e administração. Assim, a aplicação do sistema de *compliance* é instrumento essencial para garantir o cumprimento dos preceitos da boa administração e ao mesmo tempo assegurar ao particular o tratamento isonômico que se espera da relação público x privado. Ademais, o sistema de *compliance* tornará a celebração do negócio jurídico processual com a administração pública mais confiável, como forma de combate à corrupção.

O Brasil é signatário de diversos instrumentos internacionais que visam ao combate à corrupção e havia um conjunto de normas que poderiam ser utilizadas como parâmetro para coibir a corrupção, como a Lei de Licitações e Contratos; Lei de Improbidade Administrativa; Lei da Ficha Limpa, porém até o ano de 2013 não havia no ordenamento jurídico brasileiro, de forma expressa, determinações específicas para o combate interno a atos de corrupção.

A lei 12846/2013 instituiu a responsabilidade da pessoa jurídica e de seus agentes para fins de ressarcimento ao erário por atos de corrupção. A referida norma foi denominada de lei anticorrupção empresarial, para instituir programas de *compliance* às pessoas jurídicas para fins de coibir atos de imoralidade administrativa e, por consequência, atos de corrupção.

A princípio a norma acima indica critérios que devem ser adotados pelas pessoas jurídicas que pretendem contratar com a administração pública, alargando a compreensão de que os princípios da moralidade, ética, eficiência não

são aplicados exclusivamente à administração, mas, também, ao particular que com a administração queira contratar. É uma nova interpretação do princípio da legalidade ao particular (GABARDO; MORETTINI; CASTELLA, 2015, p. 141-142).

Contudo, a norma acima não faz previsão da inserção do sistema do *compliance* no âmbito administrativo, o que seria essencial para controlar o ato do gestor público que devida celebrar negócio jurídico processual. Desta forma, entende-se pela necessidade de marco regulatório para inserir no âmbito administrativo o sistema de controle, para além das controladorias e procuradoria.

Quanto a possibilidade de celebração de negócio jurídico processual entre a Fazenda Pública e a pessoa natural, o legislador brasileiro também houve por bem não regulamentar as hipóteses de aplicabilidade, deixando à discricionariedade do gestor público.

Neste quesito, entende-se pela necessidade de regulamentação no âmbito do ente federativo e de suas autarquias e fundações públicas as hipóteses de celebração do referido negócio jurídico, sob pena de violação ao princípio da isonomia e facilitação de prestígio das intenções pessoas do gestor público, o que induzir à corrupção e sua impunidade.

Há de se ressaltar, ainda, que a discricionariedade no âmbito administrativo é mitigada às hipóteses legais e que o controle dos atos se faz essencial para que a discricionariedade não se torne arbitrariedade.

CONCLUSÃO

Como resultado da presente investigação conclui-se que a aplicação do instituto do negócio jurídico processual celebrado pela Fazenda Pública está estritamente aos princípios da publicidade e da moralidade, balizas para o combate à corrupção e a suas consequências.

Decerto que o negócio jurídico processual celebrado pela Fazenda Pública tem natureza de contrato administrativo e por tal razão as regras acerca da contratação com o ente público devem ser observadas, inclusive a ideia do combate à corrupção, de forma que a administração pública indique as demandas em que pretende celebrar negócios jurídicos processuais para concretização dos princípios da legalidade, moralidade, eficiência e impessoalidade que circundam a boa prática do gestor público.

Outro ponto destacado nesta investigação é a possibilidade de aplicação do sistema de *compliance* aos negócios jurídicos processuais celebrados pela Fazenda Pública como forma de garantia da boa administração.

Insiste-se, assim, na possibilidade de marco regulatório para fins de criar no âmbito administrativo sistema de controle com participação dos setores privados e, em especial, com código de conduta a ser aplicado aos gestores públicos. Tudo sob a ótica da boa-fé objetiva nos contratos celebrados com a administração pública, ainda que o contrato tenha aplicabilidade processual.

Finalmente, no que tange ao negócio jurídico processual entende-se que cabe à administração estabelecer as regras das situações mínimas para a celebração do negócio jurídico processual e no âmbito do controle da administração para este tipo de contrato público que exista uma comissão de fiscalização e controle, com participação do setor privado. Isto porque a boa administração se faz ao particular e não ao próprio gestor.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo. A Igualdade e os Negócios Processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BOCALON, João Paulo. *Os Negócios Jurídicos Processuais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2016. Dissertação de Mestrado em Direito.

CAPELETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. NORTHFLEET, Ellen Gracie (trad). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CIANCI, Mirna. MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: Pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERNANDES, Karen Ilanit Vernier Nunes. *A Discricionariedade Administrativa Face ao princípio da Boa Administração*. Porto: Faculdade de Direito, 2015. Dissertação de Mestrado em Direito.

GABARDO, Emerson; MORETTINI e CASTELLA, Gabriel. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Ano 15. N.160. Belo Horizonte: abril/jun, 2015, p. 129-147.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MACHADO, Jónatas E.M. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

KIPPER, Tatiane. A influência do princípio da boa administração como preceito fundamental na realização de políticas públicas: uma análise de sua influência na efetivação da lei anticorrupção. In: XII SEMINÁRIO NACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. *Anais*. Santa Catarina: UNISC, 2016.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Jurídicos Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord). *Negócios Processuais*. 3.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

SALLES, Carlos Alberto. *Arbitragem em contratos administrativos*. São Paulo: Saraiva 2011.

SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios Processuais Envolvendo a Fazenda Pública. In: CABRAL, Antonio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord). *Negócios Processuais*. 3.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

“A VERDADE É O SEU DOM DE ILUDIR”*: PROFANANDO DEFINIÇÕES HETERONORMATIVAS

“THE TRUTH IS HIS DIFFERENT GIFT”: DESECRATING HETERONORMAL DEFINITIONS

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Doutor em Direito Público (UNISINOS); Professor dos Cursos de Direito da UNIJUÍ e UNISINOS; Professor do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu (Mestrado em Direitos Humanos) da UNIJUÍ; Líder do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq) e Coordenador da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas (ReDiHPP); Editor-chefe da Revista Direitos Humanos e Democracia (Qualis B1)

Leticia Fontoura

Bacharela em Direito pela UNISINOS; Advogada.

Submetido em: 25/08/2018

Aprovado em: 10/12/2018

Resumo: O artigo busca, a partir do método hermenêutico-fenomenológico, investigar como se dá a (des)construção da identidade de gênero, apresentando – a partir de uma perspectiva transdisciplinar – conceitos relacionados à formação identitária humana, tais como: sexo, gênero e sexualidade, bem como definições, e distinções, acerca de homossexualidade, transexualidade e travestismo. Objetiva-se contextualizar e contribuir para o debate acerca do processo de marginalização e estigmatização social de transexuais e travestis, sob a perspectiva da heteronormatividade. O problema a ser discutido neste trabalho pode ser sintetizado na seguinte questão orientadora: como é possível desconstruir as noções de sexo, sexualidade e gênero cunhadas a partir de uma perspectiva heteronormativa, que constroem a figura do “anormal”, relegando-o a um espaço de marginalidade e silenciamento? Em que medida a transexualidade e o travestismo se afiguram como condição de possibilidade para a profanação do binarismo imposto a estes indivíduos pela perspectiva heteronormativa?

Palavras-chave: Gênero; heteronormativismo; mulheres transgênero; travestis.

Abstract: *The article seeks, from the hermeneutic-phenomenological method, to investigate how the deconstruction of gender identity occurs, presenting - from a transdisciplinary perspective - concepts related to human identity formation, such as: sex, gender and sexuality, as well as definitions, and*

* Trecho da música “Dom de iludir”, de Caetano Veloso.

distinctions, about homosexuality, transsexuality, and transvestism. The objective is to contextualize and contribute to the debate about the process of marginalization and social stigmatization of transsexuals and transvestites, from the perspective of heteronormativity. The problem to be discussed in this paper can be summarized in the following guiding question: how is it possible to deconstruct the notions of sex, sexuality and gender coined from a heteronormative perspective, that construct the figure of the “abnormal”, relegating it to a space of marginality and silencing? To what extent do transsexuality and transvestism appear as a condition of possibility for the profanation of binarism imposed on these individuals by the heteronormative perspective?

Keywords: Gender; heteronormativism; transgender women; transvestites.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A heteronormatividade como pilar da produção da “normalidade”. 3. Sexo, gênero e sexualidade: (des)construções necessárias. 4. Profanando o masculino: homossexualidade, transexualidade e travestismo. Conclusão. Referências

1 INTRODUÇÃO

Analisando-se algumas definições de conceitos que são/serão utilizados para narrar a existência humana, percebe-se que o processo de formação que possibilitou adjetivar consciente e inconscientemente tudo que permeia o ambiente no qual se está inserido é ignorado e, conseqüentemente, transforma-se em um fator irrelevante, quando, em verdade, é a resposta de muitos questionamentos sociais. Faz-se justa tal afirmativa porque, muito antes de o sujeito ter consciência de seu corpo, conhece os tabus que o formaram, marcaram-no e que o nortearão até o fim dos seus dias.

Neste aspecto, compreender a sociedade, através de sua história, sob a perspectiva do processo de formação de seus dogmas, é fundamental. É a partir dos preceitos e preconceitos sociais que as diferenças são evidenciadas.

Nesta seara, a predeterminação de papéis sociais se tornou deveras importante para alicerçar as ferramentas de dominação na sociedade, bem como para centralizar o poder na figura representativa da força, projetada primordialmente na natureza, e consolidada através da biologia, consagrando, para tanto, a figura do “macho”, em oposição à “fêmea”, como superior às demais categorias. Assim é que, na clássica lição de Beauvoir (1970, p. 27), “a separação dos indivíduos em machos e fêmeas surge [...] como um fato irreduzível e contingente”.

Nesse sentido, o presente artigo busca, a partir do método hermenêutico-fenomenológico, investigar como se dá a (des)construção da identidade de gênero, apresentando – a partir de uma perspectiva transdisciplinar – conceitos relacionados à formação identitária humana, tais como: sexo, gênero e sexualidade, bem como definições, e distinções, acerca de homossexualidade, transexualidade

e travestismo. Objetiva-se contextualizar e contribuir para o debate acerca do processo de marginalização e estigmatização social de transexuais e travestis, sob a perspectiva da heteronormatividade.

O problema a ser discutido neste trabalho pode ser sintetizado na seguinte questão orientadora: como é possível desconstruir as noções de sexo, sexualidade e gênero cunhadas a partir de uma perspectiva heteronormativa, que constroem a figura do “anormal”, relegando-o a um espaço de marginalidade e silenciamento? Em que medida a transexualidade e o travestismo se afiguram como condição de possibilidade para a profanação do binarismo imposto a estes indivíduos pela perspectiva heteronormativa?

Parte-se, para responder à indagação orientadora, da hipótese de que é possível observar, através da distinção entre sexo, gênero e sexualidade, que em realidade, a compreensão desses fatores não deve ser utilizada sob uma única conotação, uma vez que são, por si só, divergentes, tanto conceitual quanto essencialmente. Neste contexto, nota-se, por meio de uma lógica binária, que sempre há um polo sobreposto ao outro, simbolizado por sua soberania. Ou seja, ao sexo, tem-se o macho (em oposição à fêmea), ao gênero, tem-se o masculino (em oposição ao feminino), e à sexualidade, tem-se a heterossexualidade (em oposição, supostamente, à homossexualidade). Apenas com esses exemplos pode-se compreender a restrição da vida, realizada nitidamente por aqueles que personificam o poder, em contradição às variantes que ela abarca, o que explica – mas não justifica – as constantes violências (físicas e simbólicas) sofridas pelos indivíduos que não preenchem os requisitos dos preestabelecidos papéis sociais, especialmente no caso tratado aqui, das mulheres transexuais e das travestis.

2 A HETERNORMATIVIDADE COMO PILAR DA PRODUÇÃO DA “NORMALIDADE”

Ao longo de sua evolução, a sociedade definiu a heteronormatividade como ferramenta de imposição, e seleção, das condutas compreendidas como “normais” e “anormais”, caracterizando-as por meio de conotações fixas em torno do sexo, do gênero e da sexualidade, como algo indivisível e inquestionável, como se um dependesse do outro para existir.

Precursora do movimento feminista, a francesa Simone de Beauvoir (1970, p. 25) eternizou sua obra “O segundo sexo”, ao afirmar que

[...] na boca do homem o epíteto ‘fêmea’ soa como um insulto; no entanto, êle não se envergonha de sua animalidade, sente-se, ao contrário, orgulhoso se dele dizem: ‘É um macho!’. O termo ‘fêmea’ é pejorativo, não

porque enraíza a mulher na Natureza, mas porque a confina no seu sexo. E se esse sexo parece ao homem desprezível e inimigo, mesmo nos bichos inocentes, é evidentemente por causa da inquieta hostilidade que a mulher suscita no homem; entretanto, êle quer encontrar na biologia uma justificação desse sentimento.

A lógica de polarização de tudo e todos, que constituiu a única forma possível de analisar o universo e seus componentes, bem como o sistema binário de referência que lhe subjaz, delimitou nos extremos a “exatidão” da vida, doutrinou a humanidade a orientar-se entre a dualidade do sim e do não, do frio e do calor, da mulher e do homem, do pênis e da vagina, do masculino e do feminino, etc. A partir desta filosofia, arbitrou que tudo aquilo que não se encaixasse dentro deste modelo, fosse extinto ou afastado à margem (BUTLER, 2012).

No entanto, ao fixar um modelo como parâmetro de distinção, e exclusão, das infinitas “dualidades”, e a partir dele selecionar tudo que, embora não seja sinônimo de algo bom/positivo, seja, então, antônimo, restringiu-se, também, a própria existência. Tem-se, assim, o desejo de nomear, e ser nomeado, pois, seguindo a lógica taxativa que fomenta a sociedade, o que não fora nomeado, não existe (BUTLER, 2012).

Nota-se, assim, a existência de um padrão de aceitação, e que no âmbito de uma “determinada” normalidade, tudo que transgrida a ele, que não se encaixe nesta lógica, será imediatamente alvo de demonização, pois “o sujeito só se opõe em se opondo: êle pretende afirmar-se como essencial e fazer do outro o inessencial, o objeto” (BEAUVOIR, 1970, p. 12).

Partindo desta análise, pode-se identificar que a biologia foi o eixo que sustentou, e ainda sustenta, os discursos de poder na história da humanidade. Neste marco, a figura natural do macho foi associada à imagem do homem, alimentando práticas de opressão ao sexo oposto que, por sinal, tornou-se um ciclo vicioso (PERROT, 2007). Nesta senda,

[...] enquanto ao longo da história mudam as ideologias, as filosofias, as religiões, os sistemas políticos e econômicos, as castas ou as camadas em que se hierarquiza a sociedade, a relação social homem-mulher permanece invariável ou muda muito pouco, como se neste assunto, e somente neste, os cromossomos determinassem o lugar que cada indivíduo deve ocupar em uma sociedade (MORENO, 1999, p. 23).

A sociedade absorveu esta estrutura fundada na idolatria ao homem. A história a consagrou. Os homens, seres tidos como superiores, dominavam o espaço público, ou seja, a política, a economia, a cultura, etc. As mulheres, por sua vez, o espaço privado, silenciadas na invisibilidade do lar (PERROT, 2007). Segun-

do esse modelo, as mulheres, por não terem voz em locais sedimentados pelos costumes como sendo “próprios” dos homens, não tinham importância para a evolução. Aliás, elas não tinham história (PERROT, 2007). Durante muito tempo não foram citadas nos relatos dos processos de transição da sociedade. Inclusive, a condição das mulheres na atualidade é reflexo disso, uma vez que

[...] o presente envolve o passado e no passado toda a história foi feita pelos homens. No momento em que as mulheres começam a tomar parte na elaboração do mundo, esse mundo é ainda um mundo que pertence aos homens. Eles bem o sabem, elas mal duvidam (BEAUVOIR, 1970, p. 15).

Michelle Perrot (1998, p. 7), historiadora francesa, demarca a invisibilidade das mulheres em sua obra “Mulheres Públicas”, abordando este silenciamento através da arte. Ao evidenciar como as mulheres eram retratadas pela sociedade do século XIX, impactando seu relato com uma pintura de Gustave Caillebotte (1848-1894)¹, a autora afirma que o “inacabamento do quadro aumenta o mistério desta silhueta de mulher, desfocada e velada: poético símbolo da presença-ausência das mulheres no espaço público”.

Neste ponto, cabe ressaltar que esses espaços (público e privado), ao longo do tempo, foram consolidando práticas e atribuindo funções que reforçavam a ideia da distinção de papéis a serem desempenhados pelos integrantes da sociedade, no modelo binário (BUTLER, 2012). Através deste modelo, passou-se a enquadrar ações, indivíduos, e a impor-se uma forma organizacional baseada na concepção de que, tanto no presente quanto no passado,

[...] a ordem social que reina na vida pública é complementada e reforçada pela ordem que as mulheres consolidam na vida privada: reprodutoras, elas são principalmente educadoras das crianças, ao mesmo tempo em que elas dão segurança ao homem ao reconhecerem nele o poder do pai. Tais imagens, aquela da ordem dominante dos homens e aquela da mulher dominando o lar, vão reforçar constantemente a separação da vida privada da vida pública (TOURAINÉ, 2011, p. 63).

Desta forma, os indivíduos eram/são silenciados, sufocados e enquadrados nos moldes aceitos sob o padrão de normalidade, deixando de expressar seus desejos em um ambiente que é dominado por um conflito entre forças fora do controle: “de um lado a lei, de outro as pulsões; de um lado o superego, de outro

¹Obra “Homme et femme sous un parapluie” (1877), a qual representa, em cores e riqueza de detalhes, uma figura masculina e, a seu lado, como um “borrão” cinzento, sem rosto e sem qualquer preocupação com detalhes, uma mulher. A imagem encontra-se disponível em: <<http://reproarte.com/fr/selection-du-theme/a-style/impresionisme/homme-et-femme-sous-un-parapluie-etude-detail>>. Acesso em: 04 out. 2016.

o id”. Isso faz com que seja relegado “um lugar incerto ao ego, ou antes ao eu, tão incerto que somos tentados a pensar que o sujeito não tem existência própria; ele nada mais seria que a linha de ruptura entre as pulsões e a ordem.” (TOURAINE, 2011, p. 64).

Neste contexto de seletiva repressão dos desejos, que violentou e violenta a construção identitária dos indivíduos, principalmente a das mulheres, formou-se um modelo de sociedade nutrida por preceitos heteronormativos, os quais apenas consideram como “natural” as vivências tidas como “normais”, embasadas no exercício dos papéis sociais desempenhados pelos idealizados modelos de “homem” e “mulher”, em um determinismo biológico ajustado e unicamente aceito na função de reprodução como elemento essencial na distinção de tarefas, bem como no controle da sexualidade (FOUCAULT, 1988). Nesse marco,

[...] as normas de relacionamento entre mulheres e homens foram criadas com o objetivo de cimentar a hegemonia de um sistema social, aquele que dá o real monopólio às relações heterossexuais, privilegiadas por sua função de reprodução social através da criação de famílias e no interior das quais instala-se uma dominação masculina fundada no controle masculino das formas sociais de reprodução da espécie e da sociedade (TOURAINE, 2011, p. 17).

Importante frisar que se concebia a sexualidade como algo inerente à natureza biológica, sem, no entanto, formar um discurso social e político sobre ela. Deste modo, compreendia-se a sexualidade como algo fixado pela natureza e não construído a partir dos desejos dos indivíduos (LOURO, 2000). Entretanto, cogitar esta linha de raciocínio não seria, por óbvio, aceita, uma vez que abalaria toda a estrutura social de dominação, pois não “é tanto a mudança que os homens temem, mas sim o caos e a desordem, não só na sociedade, mas também em si mesmos” (MORRIS, 1978, p. 17).

Daí o impacto da obra “O segundo sexo”, publicada por Simone de Beauvoir em 1949, e a sua clássica sentença: “não se nasce mulher, torna-se” (BEAUVOIR, 1970, p. 7). Abrem-se, aqui, novas expectativas ao pensamento e à prática feministas, uma vez que o gênero passa a ser um objeto a ser compreendido e, porque não, desconstruído, quando compreendido como responsável pela exclusão e subordinação femininas.

Contudo, no que tange à problemática da sexualidade, apenas em meados de 1980, estudos relacionados à compulsoriedade da heterossexualidade começaram a surgir, trazendo à baila críticas que envolviam o modelo social da época, os quais defendiam que esta referência exigia que todos os indivíduos componentes da sociedade fossem heterossexuais, ou seja, que essa era a única possibilidade,

e também a única considerada normal, de expressão da sexualidade. Assim, a ordem posta em xeque (social *versus* sexual), delimitou-se a estruturar o dualismo entre heterossexualidade e homossexualidade, uma representando a normalidade e a outra representando o “doentio”, o “aberrante”, respectivamente. E, por ser representante da “normalidade”, a heterossexualidade foi naturalizada no seio social, tornando-se compulsória (LOURO, 2000).

Neste arsenal, ao fixar a heterossexualidade como padrão natural, os indivíduos sociais, em verdade, naturalizaram a sexualidade como principal ferramenta de produção de anormalidade, que, aliás, fora, e é, ocultada. Cabe ressaltar, neste sentido, que as outras formas de vivenciar a sexualidade que não fossem (e sejam) a heterossexual, não eram (são) condizentes com o que se entendia, e ainda se entende, como única forma sadia, sendo esta a perspectiva sustentada pela patologização (FOUCAULT, 1988).

Assim, ao conceituarmos a homossexualidade, por exemplo, fixamos a heterossexualidade como modelo, como o natural da vida humana, como o padrão. Logo, resta determinado que aqueles que desviam este padrão, por alguma irregularidade, devem ser considerados anormais (FOUCAULT, 1988).

É em 1991, no entanto, que surge o conceito de heteronormatividade, criado por Michael Warner², que visava analisar a sujeição dos indivíduos sob a perspectiva de uma nova ordem social (LOURO, 2000). Esta teoria, faz-se importante salientar, desloca os indivíduos da compreensão de uma ordem que exigia que todos os sujeitos fossem heterossexuais, para a concepção (atual) de uma ordem sexual, ou seja: exige-se que todos os indivíduos, sejam eles heterossexuais ou não, organizem-se de acordo com o modelo tido como “coeso”, sendo, neste sentido, o modelo da heterossexualidade (WEEKS, 2000).

Nesta linha tênue, enquanto a heterossexualidade, em sua forma compulsória, coagia as pessoas a se adaptarem a ela para que pudessem ser consideradas normais, na perspectiva da heteronormatividade as pessoas devem organizar suas vidas sob a égide do modelo heterossexual, independentemente de terem práticas sexuais heterossexuais ou não. Desta forma, entende-se que a heterossexualidade, em realidade, não é apenas uma orientação sexual, mas sim um modelo político de organização da vida humana (WEEKS, 2000). Isso porque,

² Renomado crítico literário, teórico social e professor de Língua Inglesa e Estudos Americanos na Universidade de Yale, Michael Warner (EUA, 1958) é doutor em Língua Inglesa pela Universidade Johns Hopkins (1986), autor de *Varieties of Secularism in a Secular Age* (2010), *The Trouble with Normal* (1999) e *The Letters of the Republic: Publication and the Public Sphere in Eighteenth-Century America* (1990), entre outras obras. Atua nas áreas da teoria social, teoria queer e literatura americana. Disponível em: <<http://english.yale.edu/people/tenured-and-tenure-track-faculty-professors/michael-warner>>. Acesso em: 31 out. 2016.

[...] a heteronormatividade espera que homens desejem sexualmente mulheres, que homens gostem de mulheres, mas, ao mesmo tempo, esta sociedade define o masculino e o feminino de forma que não possam gostar um do outro, forma-os como estranhos, como mundos apartados, territórios difíceis de palmilhar. Numa sociedade como a nossa, nessa máquina de fabricar machos, os machos só gostam é de si mesmos, pois só se pode gostar verdadeiramente, só se pode amar o que se admira, o que parece digno deste afeto (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2010, p. 28).

Ademais, pode-se compreender que, se na heterossexualidade compulsória todas as pessoas que não são heterossexuais são consideradas doentes e precisam ser explicadas, estudadas e tratadas, na heteronormatividade elas tornam-se coerentes desde que se identifiquem com a heterossexualidade como modelo, isto é, mantenham sexo e gênero em conformidade com o esperado. Assim, as pessoas com genitália masculina devem se comportar como machos, másculos, e as com genitália feminina devem ser femininas, delicadas, afetas às tarefas domésticas de cuidado (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2010).

Neste ponto, é importante salientar que a produção do papel masculino na sociedade é tão violenta e repressora quanto a do feminino, em circunstâncias e formas distintas. De acordo com Albuquerque Júnior (2010, p. 26),

[...] a masculinidade entre nós é letal, morremos de masculinidade, matamos por masculinidade, para afirmá-la, por afirmá-la. A masculinidade, tal como é pensada e praticada entre nós, investe na afirmação da agressividade, da competição, da força, da valentia, do heroísmo, da coragem como valores culturais a serem cultivados e exaltados. A masculinidade se vê associada, normalmente, a práticas onde a tônica é a violência, a falta de cuidado com o outro e consigo mesmo.

Neste sentido, a heteronormatividade defende o ideal de que ter um pênis significa ser obrigatoriamente másculo, ou seja, que o gênero faz parte ou depende da natureza. Evidencia-se, nesta perspectiva, uma relação crua entre o gênero e a materialidade do corpo dos indivíduos (WEEKS, 2000). Historicamente, por sinal,

[...] as guerras e conflitos sociais de toda ordem, as revoluções no Ocidente sempre estiveram apoiadas numa mística da virilidade, da força, da valentia, da coragem, uma idolatria do masculino guerreiro. Mesmo na sociedade burguesa onde a mitologia cavaleiresca e guerreira da nobreza foi contestada; a empresa, o mercado, a vida pública foram apresentados como novas arenas em que a agressividade masculina viria se expressar. A própria racionalidade, a própria razão, tal como definida pelo Iluminismo, é pensada como um atributo privilegiado do mascu-

lino, justamente, por seu caráter conquistador, dominador, combativo (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2010, p. 27).

Desta forma, se o feminino representa aquilo que é desvalorizado socialmente – em virtude de uma “sociedade que tem como um de seus traços marcantes o de ser pensada no masculino para o masculino” (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2010, p. 22) –, quando esse feminino é encarnado em corpos que nasceram com pênis, há uma ruptura inaceitável com as normas de gênero (LOURO, 2000).

Nesse sentido, pode-se afirmar que a dificuldade que surge em lidar com esta “diferença” configura-se como uma das “consequências culturais e sociais mais preocupantes da forma como se define a masculinidade em nossa sociedade”. Isso porque “a masculinidade soberana e poderosa não aceita nenhuma prática ou modelo alternativo de comportamento para homens e mulheres”, gerando, assim, “a infelicidade da maioria dos homens que são incapazes de corresponder a seu modelo ideal”. Com efeito, “todos os homens temem não ser e no fundo acham que ainda não são homens o suficiente”, de modo que “a competição entre os homens faz da masculinidade uma espécie de atributo que para se ter deve-se retirar do outro”. Nesta linha de raciocínio, portanto, “para afirmar-se homem deve-se sempre desqualificar, rebaixar, vencer, derrotar, feminilizar um outro homem”. Isso faz com que os homens estejam “sempre desconfiando da masculinidade uns dos outros, colocando-a em suspeita, fragilizando assim esta identidade que aparentemente parece ser tão inquestionável”. (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2010, p. 27).

Partindo desta ruptura, depara-se com a impossibilidade de compreensão do que não se enquadra nesta lógica de oposição entre macho e fêmea, masculino e feminino, homem e mulher, evidenciando a falta de formas conceituais e linguísticas que possam dar sentido à existência das singularidades humanas, como, por exemplo, os indivíduos transgêneros, que personificam a profanação³ ao binarismo social, bem como ao modelo heteronormativo.

Ressalta-se, aqui, que ao se pensar durante tanto tempo de uma única maneira pode levar “a crer que não há outra maneira possível de pensar e, estando tão presos a algumas ideias, parece que somos incapazes de refletir sobre elas e

³ O termo “profanação”, aqui, é empregado no sentido a ele atribuído pelo filósofo italiano Giorgio Agamben (2007), para o qual a tarefa da profanação se apresenta como primordial e assume o sentido de fazer com que as coisas que saíram da esfera do humano por meio da “consagração” sejam restituídas ao livre uso dos homens. Se a consagração designa a separação entre a esfera dos deuses e dos homens, etimologicamente, “puro, profano, livre dos nomes sagrados, é o que é restituído ao uso comum dos homens.” (AGAMBEN, 2007, p. 65). Trata-se, no caso do presente trabalho, de uma profanação que visa a retirar a sexualidade humana do lugar “sagrado” que lhe foi atribuído pela heteronormatividade.

de criticá-las, como se fossem verdades inalteráveis” (MORENO, 1999, p. 23). A tarefa da profanação, então, se impõe, para que o “novo” ocupe o seu lugar.

Calcada nesse modelo de restrições, com a intenção de revelar existências ocultadas, meio utilizado como manutenção da ordem social, consagra-se a desconstrução das normas de condutas idealizadas como a principal ferramenta de combate, fazendo-se necessário, para tanto, a compreensão terminológica de alguns fatores importantes para entendimento sobre o tema, os quais serão trabalhados a seguir.

3 SEXO, GÊNERO E SEXUALIDADE: (DES)CONSTRUÇÕES NECESSÁRIAS

Como visto anteriormente, alguns conceitos sociais, construídos e fixados no decorrer da história da humanidade, basearam-se na natureza para sacralizar a dominação de determinado sujeito sobre o outro, mais especificamente do macho sobre a fêmea; do homem sobre a mulher. Nesta circunstância, criou-se uma lenda de que tanto o gênero quanto a sexualidade seriam coisas prontas, dadas independentemente do contexto social. Entretanto, com base no que foi exposto acima, pode-se compreender que, tanto a definição de gênero quanto a de sexualidade, estão ligadas ao que foi alicerçado no sistema basilar social como pilar da “normalidade”.

Embora este trabalho use como base a ideia de que “sexo não se confunde com gênero, mas menos ainda com sexualidade, que se constrói a partir do sexo através da relação com o outro e a partir da relação consigo mesmo” (TOURAINÉ, 2011, p. 61), faz-se necessário frisar que existem diversas correntes teóricas acerca da definição desses temas, sendo que a mais radical delas defende o ideal de que não apenas o gênero e a sexualidade são construídos socialmente através do exercício dos papéis sociais pré-estabelecidos, como também o sexo, historicamente atribuído ao biologismo. Cabe ressaltar que esta corrente é consagrada pela filósofa norte-americana Judith Butler (2012), uma das mais famosas defensoras deste movimento, precursora da célebre “teoria queer”⁴.

Para Butler (2012), atribuiu-se ao gênero as mesmas características do sexo, isto é, o fato de “ser” mulher seria pressuposto de pertencimento ao gênero feminino e vice-versa. Entretanto, na vida

⁴ A teoria queer baseia-se na “ausência de separação global entre homens e mulheres e representa a sexualidade de cada indivíduo como um conjunto de fragmentos de sexualidades diversas que todos os atores vivem, segundo as circunstâncias e seus parceiros” (TOURAINÉ, 2011, p. 59). Ainda, ela rejeita as normas fixadas pela ideologia dominante, defendendo, para tanto, que, inversamente à volta do gênero ao sexo, “a definição do sexo era de fato incorporada a uma definição mais ampla do que o gênero, que remete ela mesma à dominação masculina” (TOURAINÉ, 2011, p. 59).

[...] de cada indivíduo forma-se um sujeito que transforma o sexo em sexualidade e o respeito da autoridade em vontade de construir a si mesmo como sujeito, isto é, como fonte de julgamento de valor que cada qual carrega dentro de si (TOURAINÉ, 2011, p. 64).

Por isso, em realidade, o sexo não seria responsável pela instituição do gênero, mas sim construído socialmente como ele (BUTLER, 2012). Aqui, torna-se importante demarcar que, embora a concepção de Butler (2012) seja de extrema relevância para a elaboração deste trabalho – notadamente no que diz respeito à conceituação de gênero e sexualidade –, no tocante à compreensão de sexo, adotar-se-á aqui o entendimento da norte-americana Camille Paglia (1992, p. 13), que vê na natureza humana um divisor de águas, pois, segundo ela,

[...] a natureza continua sendo o supremo problema moral. Não podemos esperar entender o sexo e as identidades sexuais humanas enquanto não esclarecermos nossa atitude em relação a ela. O sexo é um subconjunto da natureza. Sexo é o natural no homem.

Portanto, conceitua-se, para os fins deste trabalho, “sexo” como sendo o vínculo dos indivíduos sociais com a natureza, sem, no entanto, deixar-se de evidenciar, também, que “sexo é poder. Identidade é poder. Na cultura ocidental, não há relações que não sejam de exploração. Todos matam para viver. A lei natural e universal da criação a partir da destruição opera tanto na mente como na matéria” (PAGLIA, 1992, p. 14).

Assim, enquanto o sexo representa o vínculo dos indivíduos sociais com a natureza (PAGLIA, 1992), o gênero destaca o sistema de relações que pode incluir o sexo, todavia, não é especificamente determinado por ele, muito menos a sexualidade (BUTLER, 2012). Desta maneira, gênero e sexo são divisões que não se fixam uma à outra. E nesta distinção é que se encontram lacunas, a partir das quais indivíduos podem nascer com um sexo e negar a construção social (gênero) destinada a eles (LOURO, 2000).

Desta forma, pode-se compreender que

[...] em nossa sociedade o sexo está mais próximo de Deus e do diabo do que das normas e mandamentos. Deste modo, para aquém e para além das normas reguladoras das condutas sexuais, encontramos simultaneamente misturadas umas às outras a força do desejo e a interrogação sobre o ser humano ele mesmo (TOURAINÉ, 2011, p. 62).

Neste campo, o debate sobre a estruturação de gênero no âmbito da antropologia aceita que normalmente a noção de gênero tem relação com a cultura, da mesma forma que a de sexo tem com a natureza (LOURO, 2000). Entretanto, ambos são fatores indispensáveis na reprodução da desigualdade (PERROT, 2007),

pois uma das primeiras questões no embate das desigualdades entre homens e mulheres, evidentemente, é a relação natural das diferenças sexuais biológicas entre estes indivíduos, ou seja, do sexo masculino e do feminino (LOURO, 2000). Deste modo, pode-se afirmar que

[...] a construção da diferença entre os sexos enquanto diferença entre a liberdade e a sujeição não é fundamental apenas para uma célebre história política. A estrutura de nossa sociedade e de nossas vidas cotidianas incorpora a concepção patriarcal de diferença sexual (PATEMAN, 1993, p. 22).

Ademais, faz-se importante destacar que a vivência dos gêneros se relaciona com a vivência dos papéis impostos pela sociedade, ou seja, as construções sociais, alicerçadas no modelo binário de masculino/feminino, incidem sobre os corpos sexuados (LOURO, 2000). Nesta linha de compreensão, a construção social do feminino, por exemplo, incidiria sobre as pessoas que nasceram com uma vagina; e o masculino, por sua vez, nos indivíduos que nasceram com um pênis (LOURO, 2000). Neste esquema,

[...] uma sociedade não é uma espécie: nela, a espécie realiza-se como existência; transcende-se para o mundo e para o futuro; seus costumes não se deduzem da biologia; os indivíduos nunca são abandonados à sua natureza; obedecem a essa segunda natureza que é o costume e na qual se refletem os desejos e os temores que traduzem sua atitude ontológica. Não é enquanto corpo, é enquanto corpos submetidos a tabus, a leis, que o sujeito toma consciência de si mesmo e se realiza: é em nome de certos valores que êle se valoriza (BEAUVOIR, 1970, p. 56-57).

Ainda, Butler (2012) defende a existência de normas de gênero, as quais são compreendidas como mecanismos formais, e informais, que perpetuam a manutenção do gênero binário, pois, segundo ela, o gênero não pode ser considerado como algo que preexista ao sujeito, porque não existiria em essência. Afirma, para tanto, que a norma consagra as relações de gênero a partir da repetição, sendo por ela conceituado como “performatividade”, circunstância em que as normas são mantidas e reafirmadas.

Como exemplo do que fora explanado, tem-se a questão do vestuário, pois ao se verificar que determinada criança faz jus às características sociais construídas em torno da figura masculina, espera-se que este indivíduo se comporte como “menino” e que, desta forma, vista-se de acordo com a sua designação “masculina”, evitando vestidos ou saias (peças que socialmente foram atribuídas ao vestuário feminino).

Neste contexto de polarização entre sexo e gênero é que a sexualidade destaca-se. Habitualmente confundida com um ou outro, ou seja, conceituada de maneira leiga em torno do sexo biológico ou do gênero, a sexualidade se torna um adereço, quando, em verdade, representa a expressão dos desejos individuais (LOURO, 2000), pois ela representa o “mais importante instrumento da construção de si” (TOURAINÉ, 2011, p. 65). Assim,

a sexualidade não é, por consequência, um dado biológico e menos ainda uma construção social imposta pelo poder varonil. Ela é a transformação dos desejos sexuais em construção de si, já que a sexualidade transforma um dado não social em afirmação – ela também não social – de uma liberdade criativa. A sexualidade reordena os impulsos sexuais para que eles iluminem a experiência humana e contribuam na criação do ator, que age sobre ele mesmo ao invés de ser determinado pelo meio ambiente. (TOURAINÉ, 2011, p. 63).

A sexualidade liberta, oprime e delimita. Ela “não é apenas uma questão pessoal, mas é social e política”, dado que “a sexualidade é ‘aprendida’, ou melhor, é construída, ao longo de toda a vida, de muitos modos, por todos os sujeitos” (LOURO, 2000, p. 11). Desta forma, “podemos entender que a sexualidade envolve rituais, linguagens, fantasias, representações, símbolos, convenções. Processos profundamente culturais e plurais” (LOURO, 2000, p. 11).

Neste sentido, tem-se nos corpos dos indivíduos verdadeiros alvos de experimentos que fomentam o controle social, anulando-se o fato de que

[...] o corpo é vivo, tem uma inteligibilidade própria, é um agente histórico e cultural, é um sujeito, ele se expressa, ele provoca e participa do pensamento, ele faz pensar, ele permite ou proíbe pensar, ele não é só suporte, possibilidade de tudo que fazemos, ele está presente em tudo que fazemos e pensamos (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2010, p. 24).

Aliás, a partir dos corpos dos indivíduos, de como eles expressam-se, pode-se compreender a lógica de dominação socialmente construída, a qual canaliza, e centraliza, o poder à figura do “macho”, do “homem”, do “masculino”, conferindo a eles a ideologia da superioridade (LOURO, 2000), uma vez que

[...] a inscrição dos gêneros – feminino ou masculino – nos corpos é feita, sempre, no contexto de uma determinada cultura e, portanto, com as marcas dessa cultura. As possibilidades da sexualidade – das formas de expressar os desejos e prazeres – também são sempre socialmente estabelecidas e codificadas. As identidades de gênero e sexuais são, portanto, compostas e definidas por relações sociais, elas são moldadas pelas redes de poder e de uma sociedade (LOURO, 2000, p. 11).

Neste delinear, ressalta-se que os simbolismos associados às categorias mulher e homem são socialmente construídos. Portanto, não deveriam ser relacionados a conceitos tidos como naturais, ou seja, prefixados (LOURO, 2000).

Para além da discussão acerca da sexualidade, encontram-se os requisitos que conceituam a masculinidade e a feminidade, sendo estes verdadeiros ícones de poder e sujeição. O corpo masculino, por exemplo, foi “pensado e modelizado pela cultura judaico-cristã, pela cultura burguesa” como sendo “um corpo censurado e instrumental, um corpo docilizado, um corpo com medo de corpos” (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2010, p. 24). Neste marco, o corpo masculino

[...] não deve deixar escapar nenhum gesto, nenhuma atitude, nenhum traço que possa ser definido como feminino. Um corpo retesado, em permanente estado de tensão, corpo sempre com músculos definidos e em alerta, nenhum relaxamento, nenhuma lassidão. Nenhuma delicadeza, corpo rústico, rude, quase em estado de natureza, recendendo a suor e testosterona, viril, másculo. Corpo onde se ressaltem pelos, músculos, que transpareçam força e potência (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2010, p. 21).

Desta forma, o “combate à definição do masculino que fabrica machos passa por uma politização dos próprios corpos masculinos” (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2010, p. 25). Neste cenário, Butler (2012) demonstra em suas afirmações que a relação entre a concepção de mulher e, de certo modo, a de subordinação foi, e ainda é, comum, sendo aplicável, inclusive, no caso da masculinidade.

Beauvoir (1970, p. 59) advogava no sentido de que “a mulher é uma fêmea na medida em que se sente fêmea”, podendo-se compreender, por analogia, a mesma situação no que diz respeito ao homem, evidenciando que “não é a natureza que define a mulher (ou o homem): esta (este) é que se define retomando a natureza em sua efetividade”.

Aliás, perpetuou-se a subordinação do feminino ao masculino não apenas nas práticas convencionais dos papéis sociais, como também de forma mística, lúdica e sagrada, uma vez que o próprio

[...] cosmos é uma coisa construída, uma morada concebida para o homem. Deus é um espírito, uma presença. Não tem nome nem corpo. Está além do sexo e contra o sexo, que pertence ao reino inferior. Contudo, Deus é claramente ele, um pai, não uma mãe. A femealidade é subordinada, uma coisa pensada depois. Eva é apenas uma lasca extraída da barriga de Adão. A masculinidade é mágica, o potente princípio da criatividade universal. (PAGLIA, 1992, p. 48).

Desta forma, de acordo com o arguido por Butler (2012, p. 26), “tem-se a impressão de que o gênero é tão determinado e tão fixo quanto na formulação

de que a biologia é o destino. Nesse caso, não a biologia, mas a cultura se torna o destino”.

Assim, como já foi explanado, a necessidade de nomear, de enquadrar, de caracterizar os indivíduos, é o que fomenta a lógica de controle social, sendo que, ao estabelecer determinados requisitos de normalidade, àqueles que transgridam as normas fixas de conceituação da vida não têm posição de “protagonismo” na sociedade e, conseqüentemente, devem ser afastados ou extirpados, uma vez que “denominar é conhecer; conhecer é controlar” (PAGLIA, 1992, p. 16). Desta forma, para “todos os desvios possíveis; organizaram-se controles pedagógicos e tratamentos médicos; em torno das mínimas fantasias”, onde “os moralistas e, também e sobretudo, os médicos, trouxeram à baila todo o vocabulário enfático da abominação” (FOUCAULT, 1988, p. 37).

Foi justamente neste ponto que o filósofo francês Michel Foucault descobriu um corpo social produzido pelo investimento produtivo de uma complexa rede de micro-poderes disciplinares que atuavam de maneira a gerir e administrar a vida humana, tendo em vista tornar possível a utilização dos corpos e a exploração otimizada de suas capacidades e potencialidades. Ao final do percurso genealógico de sua investigação filosófica, Foucault chegou aos conceitos de biopoder e biopolítica, buscando explicar o aparecimento, ao longo do século XVIII e, sobretudo, na virada para o século XIX, de um poder disciplinador e normalizador que já não se exercia sobre os corpos individualizados, nem se encontrava disseminado no tecido institucional da sociedade, mas se concentrava na figura do Estado e se exercia a título de política estatal com pretensões de administrar a vida e o corpo da população. A partir do século XIX, já não importava mais *apenas* disciplinar as condutas, mas também implantar um gerenciamento planejado da vida das populações. Assim, o que se produz por meio da atuação específica do biopoder não é mais apenas o indivíduo dócil e útil, mas é a própria gestão calculada da vida do corpo social (FOUCAULT, 1988; 2010).

Diante de todo o conteúdo tratado, sob a perspectiva destas conceituações, tem-se a possibilidade de se compreender melhor a temática relacionada à transexualidade e ao travestismo, abordada na sequência.

4 PROFANANDO O MASCULINO: HOMOSSEXUALIDADE, TRANSEXUALIDADE E TRAVESTISMO

Embora a transexualidade, bem como a travestilidade, sejam corriqueiramente associadas à homossexualidade, em realidade, não são determinantes em comum. Nesta seara, a compreensão construída através das definições de gênero e sexualidade são cruciais, pois fundamentam a distinção a ser realizada.

A homossexualidade, em sua definição terminológica, “está diretamente ligada ao desejo, e, mais especificamente, ao objeto do desejo” (FERRARI, 2015, p. 359), revelando, assim, simetria à concepção de expressão da sexualidade.

Já as concepções de transexualidade e travestilidade, de forma abrangente, fomentam-se através da definição de transgeneridade. Aqui, a sexualidade não é relevante para a conceituação, mas sim o que se entende por gênero, uma vez que são concebidas como duas das diversas possibilidades entre as identidades de gênero (BECKER; SOUZA, 2015).

No tocante à transexualidade, faz-se importante mencionar que, no decorrer da história, alguns conceitos que se referiam a ela foram se deslocando através de diversos contextos, nos quais eles eram embasados em compreensões políticas, científicas e místicas (SILVEIRA, 2013). Aliás, esta transição foi responsável pelas definições atuais não apenas de indivíduos transexuais, como também de travestis.

Inicialmente, concebia-se a pessoa transexual como um “hermafrodita biológico”, atribuindo-se este conceito a estas pessoas tidas como seres mágicos, pois, segundo a crença, elas eram possuidoras de gêneros em dobro em um mesmo corpo, oportunidade que possibilitou à ciência compreender e caracterizar os corpos destes indivíduos por meio de uma ideologia centralizada no “disformismo sexual”, rechaçando-se o conceito de sexo (SILVEIRA, 2013). Entretanto, a “magia” dessas pessoas era idealizada de maneira perversa, uma vez que “os hermafroditas foram considerados criminosos, ou filhos do crime, já que sua disposição anatômica, seu próprio ser, embaraçava a lei que distinguia os sexos e prescrevia sua conjunção” (FOUCAULT, 1988, p. 39).

Cabe ressaltar que o conceito científico de identidade sexual surgiu como reflexo deste processo transitório da história, marcando como dado principal o sentimento de identificação e pertencimento, ou não, que alguns indivíduos nutriam em relação ao seu sexo biológico (WEEKS, 2000). Posteriormente, esta definição (identidade sexual), foi superada pela medicina, que passou a desenvolver algumas teorias sobre o assunto em tela, e, em decorrência de uma série de pesquisas realizadas, passou-se a tratar a transexualidade como um “transtorno de identidade de gênero” (SILVEIRA, 2013), ocasião em que alguns sintomas permanentes foram pré-estabelecidos como meios de identificação. O principal destes sintomas seria a incompatibilidade entre sexo e gênero de um indivíduo, ou seja, a identificação com o gênero oposto ao seu sexo biológico e, consequentemente, a inadequação e o desconforto com o sexo “natural”, bem como a necessidade de modificações corporais em virtude do sofrimento psicossocial que o atormentava (BECKER; SOUZA, 2013).

Assim, a partir desta lógica de patologização daqueles que destoavam da normalidade, passou-se a tratar não apenas as pessoas transexuais, como também as travestis e os demais transgêneros, como indivíduos portadores de transtornos psíquicos, apoiando-se na divergência existente entre o sexo biológico e a identidade de gênero, defendendo-se, inclusive, o entendimento de que as modificações corporais atuavam como uma das espécies de tratamento dessa “patologia” (BECKER; SOUZA, 2015).

Em contrapartida ao que se concebe como transexual, caracterizam-se como travestis os indivíduos que nascem identificados com o sexo masculino, no entanto, vivem, vestem-se, bem como tomam para si, diariamente, comportamentos socialmente tidos como femininos, e, em decorrência desta vivência, almejam alterar esteticamente seus corpos, seja com aplicações de silicone, com tratamento hormonal ou outras cirurgias plásticas (SILVEIRA, 2013). Entretanto, é importante frisar que essas pessoas não sentem desconforto com o seu sexo de nascimento, diferentemente dos indivíduos transexuais, que não apenas sentem desconforto, como também aversão à genitália correspondente ao sexo biológico que os define, bem como a outras características como, por exemplo, as mamas, no caso de homens transexuais (SILVEIRA, 2013).

Neste sentido, as travestis se convertem ao gênero feminino, assumindo, para tanto, o papel social correspondente ao referido gênero, considerando-se que em razão da harmonia existente entre a dualidade social e sexual, masculina e feminina, que as formam, pode haver uma ambiguidade identitária (BECKER; SOUZA, 2015).

Ressalta-se que tanto a travestilidade quanto a transexualidade independem da orientação sexual, uma vez que travestis e transexuais podem ser heterossexuais ou pertencerem a outra forma de expressão da sexualidade como, por exemplo, a bissexualidade ou a homossexualidade (WEEKS, 2000).

Diante do que foi explanado, portanto, pode-se afirmar que a travestilidade e a transexualidade são compreendidas como condições identitárias, e não como orientações sexuais (BECKER; SOUZA, 2015).

Foi neste contexto de divisão e distinção dos sujeitos taxados de “anormais” (WEEKS, 2000) que a medicina desenvolveu teorias sobre sexo e gênero, por meio de áreas especializadas – como, por exemplo, a psiquiatria, a urologia e a endocrinologia –, firmando-se no padrão biológico de reprodução humana. Em outras palavras, fixando os órgãos genitais como norteadores de uma sexualidade “sadia”, utilizando, para tanto, a justificativa de um modelo de corpo delimitado pelas ciências sexuais.

Esta circunstância contribuiu para a imposição de uma espécie de “verdade fundamental” incidente sobre a sexualidade, e, desta forma, colaborou de maneira incalculável à marginalidade de pessoas que não se adaptassem ou aderissem ao padrão de relações sexuais heterossexuais socialmente aceitas (SILVEIRA, 2013).

Entretanto, algumas correntes teóricas passaram a divergir do modelo que concebia estas identidades como transtornos, aliás, demonizando por completo as definições conceituais elaboradas pela medicina (WEEKS, 2000), firmando-se no ideal de que a compreensão de sexo/gênero advém de um conjunto de fatores pelos quais determinada sociedade constrói a sexualidade biológica por meio de diversas atividades humanas (CURADO, 2015). Logo, advogava-se no sentido de que a sexualidade, no entendimento de gênero, em realidade, baseava-se pura e simplesmente na construção sociocultural de cada indivíduo (LOURO, 2000). Desta forma, a transexualidade e a travestilidade não poderiam ser compreendidas como um transtorno, em virtude de que tanto a sexualidade de homens cisgêneros quanto a de mulheres, tidas como sadias, ou normais, do mesmo modo, seriam socioculturalmente construídas (CURADO, 2015).

Ainda, essas correntes sustentam que muitos questionamentos da atualidade, e mesmo a estranheza, não existiriam se não houvesse a norma de binarismos, ou seja, a polarização dos opostos (masculino e feminino, homem e mulher), extirpando-se assim as categorias transgêneras, pois estas seriam abarcadas pela normalidade (NOGUEIRA; COLLING, 2015). Neste sentido,

[...] o que se interroga é a sexualidade das crianças, a dos loucos e dos criminosos; é o prazer dos que não amam o outro sexo; os devaneios, as obsessões, as pequenas manias ou as grandes raivas. Todas estas figuras, outrora apenas entrevistas, têm agora de avançar para tomar a palavra e fazer a difícil confissão daquilo que são (FOUCAULT, 1988, p. 39).

Importante mencionar que o binarismo restringe linguisticamente as singularidades no meio social, ao estabelecer rigidamente definições aceitáveis no contexto de convívio em sociedade, como a de homens e mulheres, por exemplo (WEEKS, 2000).

Para além de uma contradição sistêmica, frisa-se, existem diversas formas de expressar não somente a sexualidade individual, como também o gênero, uma vez que há uma imensa possibilidade de se constituir femininos e masculinos (PARKER, 2000). Nesta seara, alguns autores advogam no sentido de haver duas possibilidades de percepção de gênero, sendo compreendido por cisgênero (conota-se ao termo “cis” o significado de “mesmo lado”) o indivíduo que se identifica com o mesmo gênero atribuído após o seu nascimento, partindo da observação

de seu sexo biológico, e, ao seu turno, quando o indivíduo adere à representação distinta do gênero atribuído ao nascer, considera-se como transgênero - o termo “trans” significa ir ao lado oposto ou atravessar (BECKER; SOUZA, 2015). Defende-se que ao se utilizar as terminações “cis” e “trans”, rompe-se com a ideologia de “categorias” diferentes, portanto.

CONCLUSÃO

Com base nas considerações anteriormente relatadas, tem-se que ao se restringir o desejo de expressar-se, fomenta-se, em contrapartida, o preconceito, ou seja, a demonização daqueles que destoam do modelo fixado como normal/natural, através de diversos mecanismos sociais, mas essencialmente por meio de sistemas de nomenclaturas médicas (na forma de patologias), além da institucionalização da violência, uma vez que sob a égide desta compreensão, orienta-se erroneamente os operadores da máquina estatal (policiais, juízes, psicólogos, médicos e etc), proliferando-se circunstâncias que impedem àqueles que não se enquadram no padrão de normalidade social, negando-lhes, de forma cíclica e viciosa, a cidadania plena.

Faz-se importante ressaltar que, para os indivíduos transexuais e travestis, o drama de adequar seus corpos ao gênero construído personifica, de fato, o sofrimento. Entretanto, a maior infração à dignidade destas pessoas está diretamente ligada aos reflexos da violência e do desrespeito social que as torna cotidianamente vítimas.

De modo mais específico, em relação às mulheres transexuais, bem como às travestis, a discriminação e o preconceito evidenciam uma roupagem mais violenta do que a oposta, isto porque, como já foi anteriormente esclarecido, existe uma desvalorização histórica do gênero feminino no contexto social, sendo que este fator associado ao “estigma” – na léxica de Goffman (2008) – que carregam em razão da identidade que “desvia” da normalidade, tem-se um atributo negativo potencializado, uma vez que se compreende que estes indivíduos abdicaram de sua “supremacia” natural ao “traírem” o gênero masculino, desejando submeterem-se ao papel reservado, em tese, às pessoas tidas como naturalmente ocupantes da designação “mulher”, situação que letalmente produz a deterioração identitária, colocando-as em relação de desvantagem no âmbito social.

Assim, verifica-se que a sociedade estabeleceu a heterossexualidade como modelo padrão de normalidade, de acordo com o conteúdo até então abordado, direcionando, para tanto, diversas formas de discriminação contra os indivíduos que “desviam” das normas impostas por este modelo, acarretando consequente-

mente incontáveis prejuízos, além de fomentar a naturalização da incompreensão da diversidade de gênero, canalizando-se às identidades “divergentes” da lógica binária (masculina/feminina) um caráter doentio. Este processo cotidianamente afasta as transexuais e as travestis à margem da sociedade, viabilizando o seu “silenciamento” em face das instituições sociais/estatais, expondo-as, conseqüentemente, às mais variadas situações de violência.

Por fim, frisa-se que, de maneira alguma, esse trabalho pretendeu exaurir os argumentos extremamente complexos que sedimentam a discussão em tela. No entanto, considerando a carência bibliográfica envolvendo o tema, buscar-se-á dar visibilidade à gravidade do problema, na esfera do possível, com o intuito de colaborar com a construção de críticas válidas no meio acadêmico, auxiliando, em contrapartida, para além da rigidez das normas e dos estigmas, àquelas que persistem, dia após dia, na existência que lhes é negada.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.
- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz de. Máquina de fazer machos: gênero e práticas culturais, desafio para o encontro das diferenças. In: MACHADO, Charliton José dos Santos; SANTIAGO, Idalina Maria Freitas Lima; NUNES, Maria Lúcia da Silva (orgs.) *Gênero e Práticas Culturais: desafios históricos e saberes interdisciplinares*. Campina Grande: EDUEPB, 2010.
- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: fatos e mitos*. Trad. Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão europeia do livro, 1970.
- BECKER, Simone; SOUZA, Lauriene Seraguza Olegário. Transgênero. In: COLLING, Ana Maria; TEDESCHI, Losandro Antonio Tedeschi (orgs). *Dicionário crítico de gênero*. Dourados/MS: UFGD, 2015, p. 648-650.
- BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Trad. Renato Aguiar. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- CURADO, Jacy Corrêa. Sexualidade. In: COLLING, Ana Maria; TEDESCHI, Losandro Antonio Tedeschi (orgs). *Dicionário crítico de gênero*. Dourados/MS: UFGD, 2015, p. 604-607.
- FERRARI, Anderson. Homossexualidade. In: COLLING, Ana Maria; TEDESCHI, Losandro Antonio Tedeschi (orgs). *Dicionário crítico de gênero*. Dourados/MS: UFGD, 2015, p. 358-363.
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque; J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- LOURO, Guacira Lopes. Pedagogias da sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (org.). *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.
- MORENO, Montserrat. *Como se ensina a ser menina: o sexismo na escola*. Trad. Ana Venite Fuzatto. São Paulo: Moderna, 1999.

MORRIS, Terence. *Desvio e controle: a heresia secular*. Trad. Walter Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

NOGUEIRA, Gilmaro; COLLING, Leandro. Homofobia, heterossexismo, heterossexualidade compulsória, heteronormatividade. In: COLLING, Ana Maria; TEDESCHI, Losandro Antonio Tedeschi (orgs.). *Dicionário crítico de gênero*. Dourados/MS: UFGD, 2015, p. 353-358.

PAGLIA, Camille. *Personas sexuais: arte e decadência de Nefertite a Emily Dickinson*. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

PARKER, Richard. Cultura, economia política e construção social da sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (org.). *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Trad. Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PERROT, Michelle. *Mulheres públicas*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

PERROT, Michelle. *Minha história das mulheres*. Trad. Angela M. S. Côrrea. São Paulo: Contexto, 2007.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. *Travestis e cárcere: o trabalho desenvolvido pela ONG Igualdade no Presídio Central de Porto Alegre*. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/10/resources/anais/20/1384877611_ARQUIVO_FelipeLazzaridaSilveira.pdf>. Acesso em: 31 out. 2016.

TOURAINÉ, Alain. *O mundo das mulheres*. Trad. Francisco Morás. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

WEEKS, Jeffrey. O corpo e a sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (org.). *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E OS DESAFIOS DA IMPLEMENTAÇÃO DAS DECISÕES DA CORTE IDH NO BRASIL: UM ESTUDO DO CASO DAMIÃO XIMENES LOPES

INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS AND THE CHALLENGES OF THE IMPLEMENTATION OF THE DECISIONS OF THE HDI COURT IN BRAZIL: A STUDY OF THE DAMIÃO XIMENES LOPES CASE

Fernanda da Silva Lima

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel em direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense. Professora Permanente no Programa de Pós-Graduação em Direito da Unesc (Mestrado em Direito). Professora titular da disciplina de Direitos Humanos na UNESCO. Vice líder do Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Cidadania (NUPEC/UNESC). Líder do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos, Relações Raciais e Feminismo[s]. Integrante do NEAB/UNESC (Núcleo Núcleo de Estudos Étnico-Raciais, Afrobrasileiros, Indígenas e Minorias). Pesquisadora na área de Direito Público com linha de pesquisa Direitos Humanos, Cidadania e novos direitos com interesse nos seguintes temas: relações raciais, feminismo negro, reconhecimento e decolonialidade.

Marina Raupp Teixeira

Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense. Advogada. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos, Relações Raciais e Feminismos da UNESCO.

Submetido em: 16/11/2018

Aprovado em: 27/12/2018

Resumo: O presente artigo tem por objetivo pesquisar os desafios encontrados na implementação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil, tendo por espelho a análise do caso Damião Ximenes Lopes. Assim, faz-se a análise da estrutura do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e do papel desempenhado por seus órgãos, para posteriormente estudar o caso e verificar quais são os obstáculos enfrentados pelo ordenamento jurídico interno na implementação das decisões da Corte no Brasil. Para tanto, será utilizado o método de pesquisa dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa, com o emprego de material bibliográfico, no intuito de analisar a existência ou não de obstáculos no cumprimento das sentenças de mérito emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direitos humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Abstract: *The purpose of this monographic work is to investigate the challenges encountered in the implementation of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights in Brazil, with a mirror on the Damião Ximenes Lopes case. The analysis of the structure of the Inter-American Human Rights System and the role played by its organs is then analyzed, and later on, to study the obstacles faced by the domestic legal system in the implementation of the Court's decisions in Brazil. For that, the method of deductive research will be used in theoretical and qualitative research, using bibliographical material, in order to analyze the existence or not of obstacles in the fulfillment of the judgments of merit issued by the Court. Finally, after analyzing the case, there were difficulties in the implementation of the judgments issued by the Inter-American Court of Human Rights, which were partially fulfilled.*

Keywords: *Human rights; Inter-American Court of Human Rights; Inter-American System of Human Rights.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os Direitos Humanos e o sistema interamericano de direitos humanos. 3. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 4. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 5. O caso Damião Ximes Lopes Vs. Brasil. 5.1. O caso na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 5.2. O caso na Corte Interamericana de Direitos Humanos. 5.3. Obstáculos enfrentados pelo Brasil no cumprimento da sentença emitida pela Corte. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é de suma importância na luta em prol dos direitos humanos, que se concretizou após séculos de violações e danos causados a milhares de pessoas, constituindo-se como um sistema regional de proteção e promoção de direitos. A Convenção Interamericana de Direitos Humanos é o principal instrumento normativo do sistema interamericano de direitos humanos, e por meio dela, são constituídos dois importantes órgãos de proteção aos direitos humanos em âmbito regional, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Estes órgãos detêm a função primordial de proteger e sancionar os Estados que praticam arbitrariedades nos direitos humanos de seus cidadãos. Apesar de o Brasil ter sido um dos últimos Estados-membros a aderir a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1992, aceitando a jurisdição da Corte apenas em 1998, pode-se afirmar hoje que, apesar das dificuldades enfrentadas pelo país para implementar as decisões do referido órgão, houve um avanço na incorporação dos direitos da Convenção americana no ordenamento jurídico interno.

A atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é fundamental para garantir o acesso à justiça quando há violação dos direitos humanos, omissão ou demora do Estado em tomar as providências necessárias para a resolução do caso. É uma opção que o cidadão possui para que os seus direitos sejam garan-

tidos e os culpados sejam sancionados, quando o caso não é solucionado pelas instâncias jurídicas internas.

Este artigo tem por objetivo pesquisar sobre os obstáculos enfrentados pelo Estado Brasileiro no cumprimento das sentenças emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo por base o caso Damião Ximenes Lopes e analisar a estrutura do Sistema Interamericano de Direitos Humanos introduzido pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos. É objetivo também analisar o caso e verificar se a sentença emitida pela Corte foi cumprida na íntegra, já que dessa forma será possível compreender como estão sendo implementadas as decisões da Corte e quais são as dificuldades enfrentadas pelo ordenamento jurídico interno para colocar em prática as sentenças emitidas.

Para tanto, será utilizado o método de pesquisa dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa, com o emprego de material bibliográfico, afim de que o presente trabalho apresente a resposta para a problemática das dificuldades em cumprir na íntegra as sentenças emitidas pela Corte, bem como a morosidade em implementar as recomendações e em sentenciar os culpados pela violação de direitos, tendo por base o Caso Damião Ximenes Lopes.

2 OS DIREITOS HUMANOS E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A positivação e o processo de internacionalização dos direitos humanos têm como ponto de partida os acontecimentos posteriores à II Segunda Guerra Mundial, com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, aprovada em 10 de dezembro de 1948. No entanto, os primeiros precedentes dessa internacionalização surgiram com a criação do Direito Humanitário, da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho. (PIOVESAN, 2008)

A segunda Guerra Mundial, de acordo com Comparato (1999):

Foi deflagrada com base em proclamados projetos de subjugação de povos considerados inferiores, lembrando os episódios de conquista das Américas a partir dos descobrimentos. Ademais, o ato final da tragédia – o lançamento da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki, em 6 e 9 de agosto de 1945 – soou como um prenúncio de apocalipse: o homem acabara de adquirir o poder e destruir toda a vida na face da terra.

Durante o nazismo que se instalou na Alemanha, milhares de judeus, ciganos, estrangeiros e pessoas das demais diversas etnias, foram torturadas até a morte sob a égide de um discurso racista, aonde o que importava era a conquista

de uma raça pura e homogênea. De acordo com Piovesan (2003) foi no contexto do holocausto nazista que cerca de 18 milhões de pessoas passaram por campos de concentração, sendo que cerca de 11 milhões neles morrem, sendo a maioria composta por judeus (6 milhões): “O regime de terror implicou na ruptura do paradigma jusnaturalista, que afirmava que os direitos humanos decorrem da dignidade inerente a toda e qualquer pessoa”.

Iniciou-se então uma conscientização no plano internacional de que os ideais dos direitos humanos necessitavam de proteção, tendo como percepção a posição dos indivíduos como sujeitos de direitos na esfera internacional. Por esse viés, “passou-se a lutar pela proteção dos direitos humanos para além das fronteiras do Estado-Nação” (ANNONI, 2008).

Portanto, diante de todas as omissões e atrocidades ocorridas no contexto da segunda Guerra Mundial tornou-se necessário à criação de mecanismos que paralisassem a violação dos direitos humanos, bem como, as falhas e omissões existentes no seio dos Estados, quando estes não se mostram competentes e nem eficientes na tarefa de proteger os direitos constitucionais positivados em seu ordenamento jurídico. Foi necessária então, a criação de mecanismos que tornassem possível a responsabilização do Estado no domínio internacional.

Anuncia-se assim, o fim do ciclo em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era vista como um problema de jurisdição restrita, em decorrência de sua soberania, liberdade e autonomia. (PIOVESAN, 2008). Assim, no plano internacional, o processo de positivação dos direitos humanos após a guerra inicia-se com a criação do sistema global de proteção dos direitos humanos por meio da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945¹ e mais tarde com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, entre outros instrumentos normativos.

Além do sistema global de proteção também foram criados os sistemas regionais, divididos conforme região geográfica. Atualmente existem três sistemas regionais reconhecidos: a) o sistema europeu; b) o sistema africano e, c) o sistema americano.² Logo, os sistemas de proteção global e regional são complementares a

¹ A Carta da ONU, de acordo com Queiroz (2006, p. 45) foi criada especificamente “na conferência de São Francisco realizada em 1945 [...], adotada e aberta para assinaturas em 26 de junho daquele ano, cuja natureza jurídica é de tratado internacional”. Ainda de acordo com Ramos (2013, p. 28): “No preâmbulo da Carta, reafirma-se a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos de homens e mulheres. [...] é a Carta de São Francisco, sem dúvida, o primeiro tratado de alcance universal que reconhece os direitos fundamentais dos seres humanos, impondo o dever dos Estados de assegurar a dignidade e o valor de todos. Pela primeira vez, o Estado era obrigado a garantir direitos básicos a todos sob sua jurisdição, quer nacional ou estrangeiro.”

² Adotando o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam, interagindo

um sistema nacional de proteção e são acionáveis por indivíduos que não obtiveram respostas dentro do ordenamento jurídico interno em situações de violação dos seus direitos humanos. Caberá às vítimas escolherem qual dos sistemas entende como mais adequado para dirimir as violações perpetradas pelos Estados. O Brasil faz parte de dois sistemas, o global das Nações Unidas e o sistema interamericano no âmbito da OEA e da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O sistema da OEA utiliza como preceito a Carta da OEA e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, criadas em 13 de dezembro de 1948, na Conferência Interamericana de Bogotá. Já o segundo sistema é composto pela Convenção Americana de Direitos Humanos, que será objeto de estudo (ANNONI, 2008).³

A convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica, como também é conhecida, foi adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos em 22 de novembro de 1969, em razão da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, tendo entrado em vigor no dia 18 de julho de 1978, após ter obtido onze ratificações. Referida Convenção em seu preâmbulo enaltece que os direitos humanos não derivam da nacionalidade, mas sim da condição de pessoa humana, ressaltando que o ser humano só é capaz de ser livre da miséria e de gozar de seus direitos civis, políticos, sociais e econômicos se existirem meios viáveis para a garantia, proteção e acesso de tais direitos, visto que existem diversas barreiras que são capazes de impedir a efetivação dos direitos humanos, bem como, de contribuir para que as violações ocorram de forma corriqueira, caso não existam programas e órgãos de fiscalização (RAMOS, 2014).

O Brasil depositou a Carta de Adesão da Convenção Americana apenas em 25 de setembro de 1992, ou seja, foi lento quanto à ratificação da Convenção, tendo em vista o seu processo de redemocratização, juntamente com a promulgação da Constituição em 1988. A celebração dessa ratificação internacional se deu com ressalva de que o governo brasileiro não aceitaria o direito automático de visitas, as quais dependeriam de anuência expressa do Estado (RAMOS, 2013).

com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. A sistemática internacional, como garantia adicional de proteção, institui mecanismos de responsabilização e controle internacional, acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omissivo na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais. (PIOVESAN, 2003)

³ O Sistema Interamericano “tem por escopo garantir que a responsabilidade internacional assumida pelos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) seja eficaz” (BORGES, 2009, p. 94). Ou seja, os Estados-Partes deste Sistema assumem responsabilidades perante a comunidade internacional, tornando-se responsáveis pelas violações de direitos humanos que ocorrem dentro de seus territórios.

A Convenção é integrada por dois órgãos, quais sejam, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos e exercem funções de proteção e monitoramento aos direitos humanos. Contudo, os direitos previstos na Convenção são complementares ao Direito interno dos seus Estados-partes, ou seja, não se retira do Estado a sua competência primária em garantir os direitos humanos aos sujeitos que estão sob sua jurisdição, no entanto, pode o sistema da Convenção atuar na proteção desses direitos quando determinado Estado não cumpriu com a sua função em preservar os direitos humanos. (MAZZUOLI, 2010)

3 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Comissão está sediada em Washington, D.C nos Estados Unidos, sendo esta uma etapa indispensável para o recebimento das petições pelos indivíduos vítimas violação de direitos humanos. A Comissão é um órgão que foi instituído em dois sistemas distintos. O primeiro é o sistema de proteção no âmbito da Carta da Organização dos Estados Americanos, já o segundo, é o sistema de proteção no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Seguindo esse raciocínio, Mazzuoli (2010), defende que a Comissão possui funções ambivalentes, já que de acordo com a Carta da OEA, foi instituída como órgão da Organização dos Estados Americanos no ano de 1959, e posteriormente no ano de 1969 também foi instituída como órgão da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Logo, ela foi criada pela OEA, contudo, suas atribuições encontram-se positivadas na Convenção.

A Comissão é um órgão de extrema importância na proteção de direitos e desempenha um papel fundamental dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A Comissão possui competência sobre todos os Estados-partes da Convenção Americana, alcançando ainda todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), em relação aos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948 (GOMES; PIOVESAN, 2000).

Sua função principal é promover a observância e a proteção dos direitos humanos, por isso possui competência para requisitar aos governos informações sobre as medidas que estão sendo adotadas para a efetivação dos direitos dispostos na Convenção, bem como, fazer recomendações aos governos dos Estados-partes prevendo a adoção das medidas adequadas para a proteção de direitos. Cabe ainda a este órgão preparar estudos e relatórios e submeter anualmente à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (GOMES; PIOVESAN, 2000).

A Convenção prevê em seu artigo 44 que o legitimado para peticionar perante a CIDH pode ser qualquer pessoa ou entidade não-governamental que tenha sido legalmente reconhecida como tal pelos Estados-membros da organização, que contenham denúncias de violações de direitos humanos previstos na Convenção (OEA, 1969). Um Estado-parte também pode representar contra outro Estado denúncia sobre violação de direitos humanos. (GOMES; PIOVESAN (2000). A partir desse momento, o processamento das petições perante a Comissão passa por cinco etapas, conforme a explicação de Ávila e Nasser (2009):

O procedimento ordinário de petições perante a Comissão Interamericana de direitos Humanos obedece ao que foi estabelecido pelo Pacto de San José, que prevê cinco etapas: admissibilidade; investigação dos fatos mediante informação apresentada pelas partes; solução amistosa; emissão do informe provisional do art. 50 do Pacto de San José da Costa Rica; e, sendo o caso, envio do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão realiza o procedimento acima mencionado e, caso o Estado não cumpra as recomendações, a Comissão encaminha um relatório para a Assembleia Geral da OEA no intuito de que este órgão adote as medidas necessárias para que os direitos humanos sejam restaurados internamente no Estado violador.

Entretanto, para que uma petição seja considerada admissível pela Comissão, é preciso observar os requisitos constantes no artigo 46 da norma em atenção, como, a interposição e o esgotamento dos recursos da jurisdição interna; a interposição da petição dentro do prazo de seis meses, a partir do dia em que o prejudicado em seus direitos tenha sido noticiado da decisão definitiva; que a matéria da petição não esteja pendente de outro processo de solução internacional e que a petição contenha todos os requisitos básicos elencados no artigo 44 da Convenção (OEA, 1969).

O esgotamento das vias recursais no âmbito jurídico interno é um dos requisitos mais importantes para que ocorra a admissibilidade da petição. Tal requisito é uma forma de verificar se o Estado está atuando ativamente em prol dos direitos humanos e em prol do indivíduo violado, já que a prestação jurisdicional eficiente é um dever do Estado e as falhas e omissões existentes nessa área, levam a uma das mais importantes e utilizadas exceções no que tange à admissibilidade das petições: a demora injustificada na decisão dos recursos, ou ainda, quando o prejudicado em seus direitos houver sido impedido de esgotar todas as vias recursais.

No caso “Ximenes Lopes Vs Brasil”, a petição foi aceita pela Comissão sem a decisão da sentença em primeiro grau, tampouco o esgotamento das vias re-

curiais, já que houve demora injustificada no curso do processo penal, com a consequente impunidade dos responsáveis pela violação dos direitos no sistema jurisdicional brasileiro.

4 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos foi criada em 1978 e está sediada em San José, na Costa Rica. É uma instituição judiciária autônoma que tem como objetivo a aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de casos que são levados para sua apreciação (OEA, 1979). A Corte possui natureza consultiva e jurisdicional, sendo a segunda não obrigatória, ou seja, os Estados devem manifestar vontade de acatar a sua natureza jurisdicional. O Estado brasileiro reconheceu a jurisdição da Corte, logo está submetido a sua função jurisdicional e deverá acatar as duas decisões nos casos contenciosos em que for parte.

Acerca das decisões da Corte, Piovesan (2014), pontua que ao contrário do Sistema Europeu, o Sistema Interamericano não conta com órgãos próprios que fiscalizem o cumprimento de sentença por parte dos Estados que foram responsabilizados, já que a Convenção Americana não dispõe sobre os mecanismos que serão utilizados para a realização de tal fiscalização.

Ainda seguindo essa linha de raciocínio, Ávila e Nasser (2009), abordam que:

[...] no ponto no qual não foi estabelecida normatização clara – a efetivação das sentenças da CIDH, que fica a cargo dos Estados –, esse sistema apresenta sua principal falha. É que, com a ausência de leis que disponham sobre a forma de cumprimento das sentenças da CIDH pelos Estados, a soberania estatal acaba prevalecendo em detrimento do conteúdo da decisão internacional específica sobre o assunto. Com isso, o sistema se mostra deficiente em relação à garantia de suas decisões.

Outro ponto de discussão que vêm recebendo críticas e merece avanços, é o fato de que os indivíduos não podem demandar perante a Corte, já que os únicos legitimados são a Convenção Americana e os Estados-partes que tenham reconhecido a jurisdição contenciosa desta.

Sobre essa problemática, Trindade (2002) defende a reforma da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, para que ela passe a dispor a legitimidade internacional das vítimas para apresentar demandas perante a Corte, já que elas são as reais titulares do direito, sendo a Comissão apenas parte processual.

Portanto, o sistema regional de proteção ainda apresenta falhas, que são pauta de discussões, sendo que em consequência delas, surgem dúvidas sobre a

efetividade de suas sentenças. Por outro lado, pode-se dizer também, que a participação do Estado brasileiro neste sistema foi um avanço em relação ao tema de direitos humanos, propiciando aos seus nacionais um meio mais amplo de proteção.

5 O CASO DAMIÃO XIMENES LOPES VS. BRASIL

A primeira condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi o caso do brasileiro Damião Ximenes Lopes, ocasião em que o Estado foi denunciado perante a Comissão Interamericana por diversas violações de direitos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Tal condenação somente foi possível devido ao fato de o Estado brasileiro pertencer ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tendo aceitado a jurisdição contenciosa da Corte, como explanado anteriormente. (BORGES, 2009)

Apesar da condenação ter enaltecido a importância de aparatos internacionais na atuação da proteção dos direitos humanos, ao analisar a situação fática de uma maneira ampla, tem-se a preocupação de que os Sistemas internacionais e os seus órgãos de proteção não alcançam o conhecimento de todos, visto que tal sentença condenatória foi a primeira proferida contra o Estado Brasileiro. Partindo dessa premissa, Rosato e Correia (2011) entendem que “Diferentemente de outros países da América Latina, o Brasil não costuma ter muitos casos de denúncias ante a Corte, demonstrando provavelmente um baixo conhecimento do sistema regional no país”.

O protagonista da primeira condenação do Estado Brasileiro perante a Corte e também da primeira condenação da Corte sobre deficiência mental foi o caso da vítima Damião Ximenes Lopes, que veio a falecer por conta de várias violações de direitos humanos sofridas, tais como maus-tratos, tortura e violações do direito à vida e a integridade física. (Violações previstas nos artigos 4 e 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

Damião Ximenes Lopes nasceu em 25 de junho de 1969 no interior do Ceará. Na juventude, por volta dos 17 anos, conforme relatado em entrevista por sua mãe, Albertina Viana Lopes, desenvolveu uma deficiência mental orgânica (alterações no funcionamento do cérebro). Na época do fato que causou sua morte, tinha 30 anos e vivia com sua mãe na cidade de Varjota, localizada a uma hora de Sobral, sede da Casa de Repouso Guararapes, onde foi assassinado (BORGES, 2009).

Damião sofria de distúrbios mentais desde a infância, porém na adolescência os problemas psiquiátricos começaram a aumentar desenfreadamente, sem

que houvesse ocorrido a descoberta dos verdadeiros fatores que influenciavam na ocorrência da referida doença. Durante os momentos de crise, seu comportamento era de silêncio e isolamento, porém com o tempo, as crises começaram a ficar mais frequentes, ocasião em que a família do brasileiro resolveu o internar pela primeira vez na clínica de repouso Guararapes em Sobral, no Ceará, onde permaneceu por um período aproximado de dois meses (KRIEGER, 2014).

As violações de direitos humanos se fizeram presentes desde a primeira internação do brasileiro na Clínica de Repouso Guararapes e segundo relatos de Irene Ximenes Lopes Miranda no processo de julgamento perante a Corte (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006):

O senhor Damião Ximenes Lopes tinha sido internado no ano de 1995 e outra vez no ano de 1998. Nesta última internação, a testemunha encontrou cortes, feridas nos tornozelos e no joelho do senhor Damião, razão pela qual pediu explicação ao funcionário da Casa de Repouso Guararapes, quem lhe disse que os ferimentos eram consequência de uma tentativa de fuga. A testemunha acreditou nessa versão.

Irene Ximenes Lopes Miranda, irmã de Damião, foi quem peticionou perante a Comissão sobre as violações de direitos humanos sofridos por seu irmão. Logo, prestou esclarecimentos como testemunha do processo que foi instaurado perante a Corte IDH contra o Estado Brasileiro. De acordo com Borges (2009) “Damião falou muitas vezes aos seus familiares sobre os maus-tratos, mas infelizmente, não foi entendido, tendo em vista que fora internado outras duas vezes na mesma clínica”.

Deste modo, é importante analisar o caso sob um prisma social, no intuito de justificar as posteriores internações de Damião, que ocorreram, mesmo após o conhecimento da família de que ele havia sido maltratado. Sua família não tinha condições financeiras para arcar com os custos de um tratamento psiquiátrico em uma clínica particular, tampouco conseguia lidar com ele em seus momentos de crise. Logo, sem ter a real confirmação de que a fala de Damião sobre os maus-tratos era inteiramente lúcida, a única solução que encontraram foi interná-lo novamente na Casa de Repouso Guararapes, clínica credenciada ao Sistema Único de Saúde.

A última internação de Damião ocorreu no ano de 1999, quando ele tinha trinta anos de idade, sendo este o momento fático de sua história. Tal fato é demonstrado abaixo, por Rosato e Correia (2011):

Damião Ximenes Lopes, brasileiro, tinha 30 anos quando em outubro de 1999 foi internado por sua mãe na única clínica psiquiátrica do município de Sobral, no Ceará. O rapaz apresentava um intenso quadro de

sofrimento mental, razão pela qual foi levado por sua mãe, Albertina Viana Lopes, à citada instituição para ter cuidados médicos. A clínica, chamada Casa de Repouso Guararapes, era credenciada ao Sistema Único de Saúde (SUS). Quatro dias depois, sua mãe foi visitá-lo e o porteiro da Casa de Repouso não quis deixá-la entrar. Mesmo frente ao impedimento colocado pelo funcionário, ela conseguiu adentrar na instituição e imediatamente começou a chamar por Damião.

Nesse momento, de acordo com Borges (2009), Albertina encontrou seu filho em um estado deplorável. Damião estava com suas roupas rasgadas e cheio de hematomas, os quais demonstravam os abusos que havia sofrido no referido estabelecimento de saúde. Além disso, sua aparência demonstrava a falta de cuidados com a higiene pessoal, sendo que o seu estado de saúde havia piorado desde o dia de sua internação. Por fim, a autora relata que Damião estava com dificuldades respiratórias e aos gritos pedia ajuda para sua mãe.

Mesmo diante da cena que presenciou, Albertina achou que o melhor a ser feito por seu filho, seria deixá-lo internado na clínica, sendo que ela, naquele momento, não tinha uma alternativa secundária. Assim, os relatos demonstram que algumas horas após a sua chegada em casa, foi informada de que seu filho havia falecido.

Logo, analisando-se os fatos, torna-se claro que a Clínica de Repouso Guararapes submeteu Damião a um tratamento degradante e cruel, interferindo no mínimo ético indispensável para se tenha uma vida pautada na dignidade humana, violando de forma desenfreada vários direitos previstos na Convenção Americana sobre direitos humanos.

5.1 O CASO NA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O caso Damião foi conhecido pela primeira vez em uma reunião ordinária do Conselho de Defesa dos Direitos Humanos do Estado do Ceará, apenas quatro dias após o seu falecimento. Borges (2009) relata neste prisma que:

O encontro ocorreu no dia 08 de outubro de 1999 [...]. Tratava-se de uma plenária em que diversos representantes do Poder Público de Sobral e do estado do Ceará estavam presentes, dentre outros: a presidente do Conselho, Sra. Maria do Perpétuo Socorro França Pinto, representante da Ouvidoria Geral do Estado; representantes do Tribunal de Justiça do Ceará, do Ministério Público Federal, da Polícia Militar, da Polícia Civil; o Deputado João Alfredo Telles Júnior, representante da Comissão de Direitos Humanos da Assembléia Legislativa; representantes da Ordem dos Advogados – (OAB/CE); representantes da Universidade Estadual;

todos esses eram membros do Conselho e, na condição de convidados, estavam o promotor de justiça de Sobral, o bispo diocesano, o delegado regional de Polícia Civil, o tenente - coronel da Polícia Militar, o representante da Fundação Nacional de Saúde, o Sr. Luís Odorico Monteiro Andrade, secretário de Saúde e Assistência Social de Sobral, a representante do Centro de Atenção Psicossocial de Sobral, representantes do Conselho Tutelar e outros.

Logo, certamente a intenção de Irene Ximenes Lopes Miranda, era chamar a atenção de vários indivíduos atuantes do Poder Público, no intuito de mobilizar mais adeptos em sua causa humanitária, levando-a posteriormente a ser representada por uma ONG denominada Justiça Global, em seu processo contra o Estado Brasileiro perante a Comissão.

No Brasil foi ajuizada ação penal em 2010 contra os responsáveis pela morte de Damião, contudo, o judiciário brasileiro se manifestou em decisão final somente no ano de 2013⁴, sendo que a ação civil indenizatória fora arquivada. (VIEIRA, 2013)

Diante disso, verifica-se que o lapso temporal existente no processo vai de encontro com a garantia constitucional da celeridade processual, sendo este um dos motivos para a denúncia do caso perante à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Ademais, além da injustificada morosidade processual, existiram falhas e omissões no seio das investigações, tendo em vista a supressão de provas relevantes ao caso e também pelo descaso das autoridades locais em punir os responsáveis.

As provas omitidas durante as investigações são mencionadas por Borges (2009) em sua obra, ao explicar que Irene, irmã de Damião, por diversas oportunidades encaminhou cartas ao Presidente da Comissão de Direitos Humanos e Cidadania, localizada em Sobral, no Estado do Ceará, no ensejo de informar que vários dos depoimentos prestados na Delegacia de Polícia, não foram encaminhados ao Ministério Público Federal. Irene fala em sua carta que a família estava encontrando barreiras para que a justiça fosse feita, já que em um primeiro momento o resultado do corpo de delito havia sido manipulado e posteriormente as provas colhidas nas investigações haviam sido ocultadas. Além disso, cita a autora que o processo com todas as provas seria entregue ao prefeito de Sobral, o senhor Cid Ferreira Gomes, já que a Clínica de Repouso Guararapes pertencia a sua família. Desse modo, a carta enviada por Irene, solicitava que o presidente da referida Comissão conseguisse as cópias de todas as provas concernentes ao processo, para que elas não fossem mais uma vez manipuladas.

⁴Após várias tentativas, não se logrou êxito na localização do resultado da ação penal.

Desse modo, restam claro todos os obstáculos que a família de Damião encontrou para que o processo fosse julgado no ordenamento jurídico interno e para que a justiça fosse feita, já que a cidade de Sobral, local dos fatos, era uma cidade pequena, sendo que a morte de Damião envolveu diversas autoridades locais, que tinham interesse no caso. Diante disso, apesar do não esgotamento das vias recursais, Irene Ximenes Lopes Miranda peticionou perante a CIDH, cumprindo com os demais requisitos, com a fundamentação de que houve demora injustificada na decisão sobre os recursos pleiteados, além das diversas falhas e omissões processuais.

Logo, diante da possibilidade de recorrer ao Sistema Regional de Proteção, a irmã de Damião levou o caso ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no dia 22 de novembro de 1999 através de uma denúncia contra o Estado Brasileiro por violações aos direitos à vida, à integridade pessoal, à proteção da honra e dignidade de Damião Ximenes Lopes e o direito a recurso judicial. No fim do ano de 1999 a Comissão remeteu ao Estado Brasileiro a denúncia feita pela irmã de Damião, concedendo assim o prazo de 90 dias para resposta. No entanto, diante do silêncio do Estado Brasileiro e após a realização de todos os trâmites legais previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Comissão admitiu a denúncia de Irene Ximenes Lopes Miranda e aprovou o relatório de admissibilidade da petição. (PAIXÃO; FRISSE; SILVA, 2007).

Por este viés, com a admissibilidade da petição, o caso de Damião Ximenes Lopes *versus* o Estado Brasileiro, passou a ser de conhecimento e responsabilidade internacional, incumbindo a estes órgãos a tarefa de solucionar o litígio.

O Estado brasileiro foi responsabilizado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pela violação ao direito à integridade pessoal, à vida, à proteção judicial e às garantias judiciais consagradas nos artigos 5, 4, 25 e 8 respectivamente da Convenção Americana, devido à hospitalização de Damião Ximenes Lopes em condições inumanas e degradantes, às violações de sua integridade pessoal, seu assassinato, bem como às violações no que tange a obrigação de investigar o direito a um recurso efetivo e às garantias judiciais relacionadas com a investigação dos fatos. A Comissão concluiu igualmente que em relação à violação de tais artigos o Estado violou seu dever genérico de respeitar e garantir os direitos consagrados na Convenção Americana a que se refere o artigo 1(1) do referido tratado (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2004). (Tradução livre)

Ainda de acordo com decisão da Comissão, foi recomendado ao Estado brasileiro a realização de uma investigação completa, imparcial e efetiva dos atos relacionados à morte de Damião, ocorrida na casa de Repouso Guararapes, sendo

que a investigação deveria determinar a responsabilidade de todos os envolvidos, além de aplicar as devidas sanções. A segunda recomendação feita ao Estado foi a indenização aos familiares de Damião Ximenes Lopes, pelas violações ocorridas em seus direitos humanos e por último, tem-se a recomendação de que o Estado brasileiro adote as medidas necessárias para evitar que se produzam atos similares no futuro (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2004). (Tradução livre)

Diante do descaso e das dificuldades do Estado Brasileiro em oferecer respostas, o caso foi encaminhado a julgamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo em vista que não foram implementadas na totalidade as recomendações solicitadas. Portanto, a morosidade e o cumprimento parcial das recomendações foram o ponto crucial para que o caso fosse encaminhado a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão este que condenou o Estado Brasileiro pela morte de Damião Ximenes Lopes, bem como pelas falhas, omissões e morosidades processuais entranhadas aos trâmites legais do caso.

5.2 O CASO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Após todos os trâmites legais do caso de Damião Ximenes Lopes na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o processo passou a ser objeto de análise em um órgão superior, que possui jurisdição contenciosa e poder para limitar a soberania do Estado no momento em que profere uma sentença condenatória para o mesmo.

Então no dia 30 de setembro de 2004, atendendo ao requerimento dos petionários, a Comissão resolveu submeter o caso de tortura e morte de Damião Ximenes Lopes para apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em momento posterior, o secretário geral da Corte, na posse dos documentos encaminhados pela Comissão, notificou os possíveis interessados acerca do caso, concedendo prazo para que eles apresentassem argumentos, evidências, bem como a apresentação de testemunhas (PAIXÃO; FRISSE; SILVA, 2007).

Ainda de acordo com os mesmos autores, Paixão, Frisso e Silva (2007), a Comissão encaminhou o caso à corte com o intuito de que fosse analisada a responsabilidade do Estado Brasileiro no que concerne a:

Violação dos direitos consagrados nos artigos 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana, com relação à obrigação estabelecida no artigo 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) do mesmo instrumento, em detrimento de Damião Ximenes Lopes, portador de sofrimento mental,

pelas supostas condições desumanas e degradantes da sua hospitalização; pelos alegados golpes e ataques contra sua integridade pessoal, supostamente realizados pelos funcionários da Casa de Repouso Guararapes; por sua morte durante sua internação para tratamento psiquiátrico; bem como pela suposta falta de investigação e garantias judiciais que mantinham o caso na impunidade.

Seguindo os princípios do contraditório e ampla defesa, o Estado brasileiro também foi notificado a se manifestar perante a Corte, com a intenção de demonstrar os seus argumentos e rebater as acusações feitas pelos peticionários e seus representantes. Tal momento é abordado por Rosato e Correia (2011):

O Estado brasileiro, em resposta à notificação feita pela Corte Interamericana, encaminhou uma exceção preliminar ao caso, alegando que ainda não haviam se esgotado as vias internas de recurso. Depois de ler todas as razões apresentadas (da solicitante e do Brasil) relacionadas à exceção preliminar, a Corte convocou uma audiência para o mês de novembro de 2005. Em sua argumentação oral durante aquela oportunidade, o Estado brasileiro reconheceu sua responsabilidade parcial frente às denúncias feitas, especialmente no que se refere aos artigos 4 e 5 (direito à vida e integridade pessoal) da Convenção Americana, se mostrando de acordo com as precárias condições de tratamento que resultaram na morte de Damião Ximenes. No entanto, o Estado brasileiro não identificou a violação dos artigos 8 e 25 da mesma Convenção.

O Estado brasileiro não reconheceu as falhas e lacunas presentes no processo judicial interno, já que não reconheceu sua responsabilidade no que concerne a violação dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, onde estão consagrados respectivamente o direito à garantia e proteção judicial. Entretanto não restam dúvidas de sua responsabilização quanto a essa matéria, já que ao se fazer uma análise fática, ter-se-á um lapso temporal enorme entre a morte de Damião, ocorrida no ano de 1999 e a responsabilização criminal dos culpados, no ano de 2013, como já mencionado anteriormente. Ademais, a admissibilidade do caso ante a Comissão, somente foi possível porque os peticionários conseguiram comprovar que mesmo não atendendo o requisito do esgotamento das vias recursais, atenderam um segundo requisito: O impedimento de esgotamento de todas as vias recursais, já que houve morosidades na tramitação processual do caso.

Contudo, apesar do Estado vergonhosamente negar a sua responsabilidade, o processo chegou ao fim, após a realização de todos os trâmites legais e no 04 de julho de 2006 sobreveio sentença de mérito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em desfavor do Estado brasileiro.

De acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2006) foi declarado que o Estado violou o direito à vida, direito à integridade pessoal, com supedâneo legal respectivamente nos artigos 4.1, 5.1 e 5.2 da Convenção, cominados com o artigo 1.1 da referida norma, já que tal artigo dispõe sobre a obrigação dos Estados em respeitar os direitos e liberdades e garantir o livre e pleno exercício desses direitos.

Além disso, o Estado brasileiro também foi considerado responsável pela violação ao direito à integridade pessoal dos familiares de Damião, pois o Tribunal considerou violadas a integridade psíquica e moral desses entes em virtude do sofrimento que passaram e também diante das omissões das autoridades estatais frente ao caso. Por fim, o Estado brasileiro foi responsabilizado pela violação das garantias judiciais e proteção judicial em detrimento de Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, respectivamente, mãe e irmã de Damião, consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

Ainda de acordo como a mesma sentença acima mencionada, foi reconhecido pela Corte que os autores dos tratamentos cruéis e desumanos praticados em desfavor de Damião no período de sua internação, não foram responsabilizados, mesmo depois de transcorrido mais de seis anos dos fatos. Portanto, a Corte dispôs por unanimidade a obrigação do Estado em cumprir dentro de um prazo razoável que o processo interno destinado à investigação e responsabilização dos culpados surta seus devidos efeitos. Como medida de satisfação, o Estado foi condenado a publicar em um prazo de seis meses no Diário Oficial e em um jornal de ampla circulação, os fatos provados na sentença (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

Outro ponto importante da sentença foi a indenização de Irene Ximenes Lopes Miranda nas quantias de quarenta e um mil e oitocentos e cinquenta dólares a título de perda de ingressos, a quantia de dez mil dólares como indenização a título de dano material e o valor de vinte e cinco mil dólares a título de dano imaterial. Também foi garantida a indenização para a senhora Albertina Viana Lopes na quantia de um mil e quinhentos dólares, a título de dano emergente e de trinta mil dólares a título de danos imateriais (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

O Estado fora notificado após a emissão da sentença, sendo que a partir dessa data inicia-se o processo de supervisão do cumprimento de sentença pela Corte. Veja-se:

Supervisionará o cumprimento íntegro desta Sentença e dará por concluído este caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento

ao disposto nesta Sentença. No prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte relatório sobre as medidas adotadas para o seu cumprimento (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

O momento de supervisão é a fase em que se encontram as dificuldades de implementação das decisões da Corte no Brasil. A sentença não foi implementada imediatamente ao caso, apresentando morosidades, principalmente no que concerne ao processo criminal para a responsabilização dos culpados pela morte de Damião Ximenes Lopes. É o que se abordará a seguir.

5.3 OBSTÁCULOS ENFRENTADOS PELO BRASIL NO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA EMITIDA PELA CORTE

Partindo-se da premissa de que conforme o artigo 67 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a sentença da Corte é inapelável e definitiva, tal decisão deverá ser cumprida imediatamente e integralmente ao caso (OEA, 1969). Contudo, tal artigo não expressa a verdadeira realidade, já que o Estado brasileiro possui deficiências processuais, como a morosidade jurídica, a qual implica de forma negativa a ocorrência de um julgamento justo, realizado dentro dos parâmetros da razoável duração do processo.

Seguindo essa linha de pensamento Abramovich (2009), pontua que:

É verdade que o grau de cumprimento das decisões do SIDH é importante em relação às medidas reparatórias e também a respeito das medidas de reformas legislativas que foram já mencionadas. Em ambos casos, alguns estudos preliminares sugerem que o maior grau de cumprimento se dá nos processos de solução amistosa, quando o Estado de maneira autônoma assume compromissos dessa natureza. No entanto, os principais problemas de descumprimento tanto das recomendações da CIDH quanto das sentenças da Corte IDH estão nas medidas de investigação penal de crimes de estado, particularmente quando os processos internos tenham sido arquivados e sua reabertura pode afetar as garantias dos acusados.

Com isso, tem-se a perspectiva de que na grande maioria dos casos que são submetidos ao julgamento da Corte, os primeiros pontos da sentença a serem cumpridos são as medidas reparatórias de cunho pecuniário e também as reformas legislativas. Contudo, como citado acima por Abramovich (2009), os principais problemas encontrados no cumprimento da sentença pelo Estado brasileiro estão nas medidas reparatórias de cunho investigatório e sancionatório.

De acordo com Rosato e Correia (2011), mesmo diante das dificuldades em relação ao cumprimento da sentença da Corte IDH no Brasil, houve avanços con-

cernentes ao caso, mesmo antes da sentença condenatória emitida pela Corte. As autoras citam que a Clínica de Repouso Guararapes fora descredenciada do Sistema Único de Saúde em julho de 2000, bem como fora desativada aproximadamente um ano após o falecimento de Damião. Abordam também que no ano de 2004, a mãe de Damião Ximenes Lopes, senhora Albertina, começou a receber pensão vitalícia em decorrência da morte de seu filho, bem como, no mesmo ano houve a abertura de um centro de saúde denominado “Damião Ximenes Lopes”.

Ainda de acordo com as mudanças ocorridas no cenário das políticas públicas com o falecimento de Damião, Vieira (2013), esclarece que com a repercussão do caso na cidade de Sobral, localizada no Ceará, já havia uma movimentação acerca do tratamento dispensado para as pessoas com transtornos mentais, bem como houve a elaboração da Lei Federal nº 10.216/2001, que desencadeou a reorganização dos tratamentos psiquiátricos no país.

Veja-se, portanto, que esses são passos importantes, já que ocorreram antes mesmo da publicação da sentença emitida pela Corte no dia 4 de julho de 2006. Contudo, importante analisar que mesmo diante desses avanços, a atuação do Estado brasileiro frente a esse caso está emaranhada a dificuldades internas. De acordo com Abramovich (2009):

O trâmite de um caso internacional e o cumprimento das medidas de reparação fixadas exigem um alto grau de coordenação entre diferentes órgãos do governo, o que não se costuma alcançar. Isso dificulta sensivelmente o trâmite do caso, o trabalho dos órgãos do SIDH e o cumprimento das decisões. A coordenação no interior do próprio governo é complexa, mas é ainda mais complexa a coordenação do governo com o Parlamento ou a Justiça, quando as medidas envolvidas no caso requerem reformas legais ou a ativação de processos judiciais. O tema é ainda mais grave quando se trata de coordenar órgãos federais com Estados provinciais em sistemas federados.

Assim sendo, na teoria a condenação do Estado brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi um avanço em prol dos direitos humanos. Entretanto, a estrutura interna para a efetivação das sentenças não condiz na íntegra com a conduta que se almeja do Estado. Estudando-se o caso, torna-se claro que os primeiros pontos da sentença que foram integralmente cumpridos, são os que não demandam articulações complexas, já que é de execução direta da União, tornando o cumprimento menos denso, diante da complexidade encontrada nos demais pontos da sentença. Diante dessa concepção, Coimbra (2013) destaca que: “Em 2 de maio de 2008, em procedimento de supervisão de sentença, a Corte IDH emitiu uma sentença, declarando cumpridas as medidas de publicação e de indenização e declarando não cumpridas as demais medidas”.

As indenizações foram pagas mediante a publicação do decreto legislativo 6.185 de 13 de agosto de 2007, o qual autorizou a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República a dar cumprimento à sentença emitida pela Corte, efetuando assim, o pagamento devido aos familiares de Damião Ximenes Lopes (BRASIL, 2016b).

O pagamento da indenização pecuniária aos familiares de Damião não encontrou muitos obstáculos, devido ao fato de que o dinheiro destinado à realização deste pagamento já faz parte do orçamento federal. De acordo com Vieira (2013):

Desde 2004, o Estado brasileiro possui uma parte do orçamento federal destinada especificamente ao pagamento de indenizações que resultam do reconhecimento da violação de tratados internacionais de direitos humanos. Trata-se da dotação denominada “Pagamento de indenização a vítimas de violação das obrigações contraídas pela união por meio da adesão a tratados internacionais”.

Logo, em relatório de cumprimento de sentença emitido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 02 de maio de 2008, foi declarado que o Estado brasileiro continuaria sendo supervisionado quanto aos outros pontos da sentença. Tais pontos versam sobre a matéria de investigação, que tem por escopo encontrar a autoria responsável pela morte de Damião e garantir de que dentro de um prazo razoável o processo interno destinado a sancionar os responsáveis surta seus efeitos. O segundo ponto da sentença a permanecer sob supervisão da Corte foi a responsabilidade do Estado em continuar com o desenvolvimento de programas de capacitação de todos os profissionais ligados à área da saúde mental (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009).

Diferentemente da reparação pecuniária e da publicação da sentença, a responsabilização do Estado no que tange ao desenvolvimento de programas de capacitação para os profissionais habilitados na área de saúde mental e para os avanços das políticas públicas no país, depende de harmonia entre todos os entes da federação, já que é competência comum entre eles. Por isso, neste caso, o cumprimento da sentença torna-se mais lento e complexo. Sob essa perspectiva, Coimbra (2013) pontua que:

Esses deveres demandam a articulação de uma gama de instituições que muitas vezes nunca trabalharam conjuntamente e quando se associam o fazem através de convênios ou acordos de cooperação, vínculos frágeis que dificultam o processo de determinação do conteúdo da medida reparatória imposta na condenação. A articulação por convênios ou acordos de cooperação, apesar da vantagem de permitir uma interação institucional sem a necessidade de reformas legislativas e/ ou administrativas complexas, é baseada na vontade política do órgão de participar ou não, bem como de assumir ou não compromissos, que podem

ser insuficientes para cumprir as determinações do SIDH. Para que uma decisão da Corte IDH seja cumprida, a associação de órgãos pode ser necessária, e não discricionária como é na atualidade da organização jurídica brasileira. Dessa forma, garantir tal associação é um desafio interno que dificulta inclusive a atribuição de responsabilidade de cada órgão, em caso de descumprimento das medidas previstas na sentença.

Assim sendo, tem-se a percepção de que a responsabilização do Estado no tocante à saúde pública demanda articulações entre todos os entes federados. É uma questão social e política que sempre tem que estar em desenvolvimento, já que os programas de capacitação dos profissionais da área psíquica, bem como, qualquer outra área ligada à saúde, não podem contar com medidas temporárias, mas sim, medidas permanentes, que devem estar sempre em evolução.

Por isso, de acordo com o último relatório de cumprimento de sentença que se tem conhecimento, a Corte declarou não cumprida as medidas que deveriam ter sido realizadas referentes à saúde mental no país, já que apesar das diversas iniciativas de caráter geral realizadas pelo Estado, concernentes a essa matéria, verificou-se que o Brasil não encaminhou informações detalhadas sobre quais os princípios de padrão internacional que estão sendo utilizados para disciplinar as condutas que envolvem os portadores de doenças mentais no país. A Corte também declarou que o Estado não especificou quais os cursos de aperfeiçoamento que foram concretizados, tampouco informou o período e a quantidade de pessoas que o realizaram, bem como, se esses profissionais encontram-se atualmente exercendo suas atividades em clínicas credenciadas ao Sistema Único de Saúde, que tenham características similares com a Clínica de Repouso, na qual Damião foi violentado até a morte (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010).

Também não foram cumpridas na íntegra as medidas judiciais que visam apurar a autoria dos responsáveis pelos tratamentos desumanos e cruéis dispensados a Damião. Desse modo, no primeiro relatório de cumprimento de sentença, a Corte resolveu que este ponto ficaria aberto para posterior supervisionamento.

Posteriormente, em um segundo relatório de cumprimento de sentença, datado de 21 de setembro de 2009, a Corte destacou que o Estado brasileiro em 29 de junho de 2009 sentenciou o proprietário da Clínica de Repouso Guararapes, o senhor Sérgio Antunes Ferreira Gomes, juntamente com mais seis profissionais envolvidos na tortura e morte de Damião. Todos eles foram sentenciados a uma pena privativa de liberdade de seis anos, a ser cumprida em regime aberto. No entanto a Corte IDH resolveu manter esta questão em aberto, especificando como motivo a possibilidade de recurso que ainda poderia ser pleiteado pelos réus em face da referida decisão, já que a sentença foi proferida em primeira instância (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009).

Portanto, mesmo diante do reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado brasileiro, percebe-se que o judiciário, apesar dos esforços em contribuir com a resolução do caso, ainda apresenta morosidades gritantes. De acordo com o lapso temporal, se passaram quase dez anos desde a morte de Damião até a condenação dos responsáveis no ano de 2009. Além disso, todo esse tempo se destinou para que o judiciário proferisse uma sentença condenatória em primeiro grau, o que não satisfaz permanentemente a intenção dos familiares e nem a sentença emitida pela Corte.

Assim, o grande obstáculo para o cumprimento da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos está nos investimentos em recursos destinados a políticas públicas, além do esforço a ser despendido para que se tenha uma investigação livre de vícios e fraudes e que seja célere na responsabilização dos culpados.

O terceiro e último relatório de cumprimento de sentença que se tem conhecimento, foi emitido pela Corte IDH em 17 de maio de 2010, tendo tal informe relatado que o Estado brasileiro continuaria sob supervisão, no que diz respeito às medidas investigatórias do caso, já que a sentença ainda não havia transitado em julgado e estava pendente de recurso. A Corte valorizou o esforço despendido pelo Estado na tentativa de encontrar a celeridade do processo, e por consequência impulsionar o avanço do processo penal, entretanto, observa que houve a existência de recursos pendentes de julgamento no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, respectivamente recursos em sentido estrito e apelação⁵. Assim, resta claro que foi dado como não cumprido esse ponto da sentença (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010).

Portanto, por mais que a condenação do Estado brasileiro perante a Corte IDH tenha sido um avanço importante para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, servindo inclusive de jurisprudência para novos julgamentos realizados, percebe-se ao fazer referido estudo de caso, que o país ainda enfrente alguns problemas relacionados à sua organização judiciária e administrativa no que tange as investigações. Além disso, por mais que o Estado tenha contribuído positivamente com algumas medidas no intuito de acelerar o julgamento do processo penal, viu-se como explanado acima, que a decisão até o ano de 2013, ainda encontrava-se pendente de julgamento, já que os réus ingressaram com recursos.

Ademais, importante esclarecer que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não tem competência para interferir no modo como a sentença irá ser

⁵ De acordo com Távora e Alencar (2014) o recurso em sentido estrito e o recurso de apelação são interpostos como impugnação pela parte interessada a uma sentença de primeiro grau e possuem como objetivo a reforma da decisão. Estes recursos estão dispostos respectivamente nos artigos 581 e 593 do Código de Processo Penal, ocasião em que deverá ser observado o cabimento dos recursos, de acordo com o disposto nos aludidos artigos.

cumprida no ordenamento jurídico interno, ou seja, não tem como paralisar ou acelerar o julgamento dos recursos que foram pleiteados. Assim sendo, a abordagem desse tema revelou que existem obstáculos para o cumprimento das sentenças da Corte no Brasil de acordo com o assunto a ser cumprido. Portanto, de acordo com toda a explanação feita até o momento, pode-se dizer que no caso de Damião Ximenes Lopes, a sentença não foi cumprida na íntegra.

CONCLUSÃO

Parte-se da premissa de que a internacionalização dos direitos humanos e o reconhecimento dos indivíduos como sujeitos de direitos foram avanços na matéria de proteção aos direitos humanos. Caracteriza-se também como um avanço na proteção desses direitos, a participação do Estado brasileiro na comunidade internacional, através da ratificação de diversos tratados internacionais, bem como, a sua participação no Sistema Global e Regional de proteção.

A partir de então, o mundo globalizado, passa a contar com sistemas de proteção, que têm como tarefa a garantia de direitos humanos e a proteção dos indivíduos contra os diversos tipos de violações, tendo como primeiro precedente a criação da Organização das Nações Unidas no ano de 1945 e posteriormente a criação dos Sistemas Regionais de Proteção como movimentos propulsores da internacionalização dos direitos humanos.

Assim, tendo como espelho o caso objeto desse estudo, pode-se dizer que a participação do Estado brasileiro como um país membro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos foi um avanço que possibilitou a sua condenação perante a Corte IDH no caso de Damião Ximenes Lopes. Contudo, diferentemente do que se almeja, este aparato de proteção ainda apresenta falhas na garantia e proteção de direitos.

As críticas destinadas a este sistema são de grande relevância, a fim de torná-lo cada vez mais eficaz e atuante na proteção dos direitos humanos. Deste modo, ficou evidente que existem mudanças importantes a serem feitas, iniciando-se pela reforma da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no intuito de agregar a este documento a legitimação dos indivíduos para a apresentação de suas demandas perante a Corte IDH.

Resta claro também que a supervisão de cumprimento das sentenças é outro ponto preocupante que atinge diretamente a eficácia das decisões emitidas pela Corte, já que este órgão ainda não possui um aparato próprio de fiscalização. No caso em tela, isso se torna um atraso para o cumprimento das sentenças no Brasil, já que o último relatório de cumprimento emitido pela Corte é do ano de

2010, sendo que até o presente momento, não existem indícios de um novo relatório. Tal fato demonstra a deficiência do Sistema Interamericano em fazer valer as suas decisões.

Assim, conclui-se que as deficiências do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, contribuem para que o Estado brasileiro acabe por não cumprir na íntegra com as suas responsabilidades, tendo em vista que a sua soberania, em muitos casos, prevalece em detrimento de sua responsabilização internacional, ainda mais, nos casos em que a Corte IDH cessa com as supervisões de cumprimento de sentenças, deixando a cargo do Estado cumpri-las como bem entender.

Verifica-se ainda há ausência de regulamentação interna prevendo o modo de cumprimento das sentenças emitidas pela Corte, dificultando ainda mais a efetivação das decisões.

Ademais, após a análise realizada ao caso em tela, tem-se a percepção de que os pontos da sentença que necessitam de mais tempo e organização do Estado, para que sejam efetivamente cumpridos, são a obrigação de investigação e responsabilização condenatória, já que tais atos não são de competência exclusiva da União, dependendo assim, do trabalho em conjunto de diversos setores, como Polícia Civil, Ministério Público e judiciário.

Assim, considerando que o foco deste artigo é a preocupação com a efetivação das sentenças emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil, é imprescindível que haja mudanças no ordenamento jurídico interno, a fim de satisfazer as necessidades das partes envolvidas e de cumprir com o disposto no artigo 68 da Convenção, a qual estipula que os Estados-partes na Convenção, comprometem-se em cumprir com a decisão da Corte em todo o caso que for parte. O Estado precisa com toda certeza, reorganizar-se internamente para que a celeridade processual surta seus devidos efeitos e que a sua responsabilização perante a comunidade Internacional seja cumprida, caso contrário, de nada adianta a sua aceitação da jurisdição contenciosa da Corte, já que no fim das contas acaba não cumprindo integralmente com as sentenças emitidas por referido órgão.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. Das violações em massa aos padrões estruturais: Novos enfoques e clássicas tensões no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *SUR Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, v. 06, n. 11, p. 7-39, dez. 2009. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/11/01.pdf>. Acesso em: 07 out. 2016.

ANNONI, Danielle. *Direitos Humanos e Acesso à Justiça no Direito Internacional: Responsabilidade Internacional do Estado*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

ÁVILA, Flávia de Cury; NASSER, Paula Maria. Os Princípios Jurídicos e a efetividade das sentenças da Corte interamericana de direitos humanos no Brasil. *Revista de Direito da FHC/FUMEC*. Belo Horizonte, v.4, n. 2, p. 209-235, jul./dez. 2009.

BORGES, Nadine. *Damião Ximenes Lopes: Primeira Condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *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: 10 abr. 2016a.

_____. *Decreto nº 6.185, DE 13 DE AGOSTO DE 2007*. Decreta a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República a dar cumprimento à sentença exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6185.htm. Acesso em: 09 out. 2016b.

COIMBRA, Elisa Mara. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Desafios a implementação das decisões da Corte no Brasil. *SUR Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, v.10, n.19, p. 59-76, dez. 2013. Disponível em: <http://sur.conectas.org/>. Acesso em: 07 out. 2016.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso: Damiao Ximenes Lepes Caso 12.237 Contra la República Federativa del Brasil*, 2004. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/ximenes/dcidh.pdf>. Acesso em 27 set. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 04 de julho de 2006. Mérito, Reparações e Custas. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 18 jun. 2016.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. *O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*: assinada em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 06 maio. 2016.

Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*: Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Adotada em outubro de 1979. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>. Acesso em: 14 out. 2016.

PAIXÃO, Cristiano; FRISSO, Giovana; SILVA, Janaína Lima Penalva da. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil-Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2007. Disponível em: http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/narrativa_final_-_ximenes.pdf. Acesso em: 03 maio. 2016.

PEREIRA, Taís Mariana Lima. O cumprimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil. *EJLL*, Chapecó, v. 14, n. 2, p. 315-348, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/2777/2091>. Acesso em: 10 out. 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Unisinos, v. 6, n. 2, p. 142-154, jul/set. 2014.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *Resumo Jurídico de Direitos Humanos*. V. 22. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. *Reflexões sobre as Vitórias do Caso Damião Ximenes*. 2006. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-set-08/reflexoes_vitorias_damiaio_ximenes. Acesso em: 18 jun. 2016.

_____. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Curso de Direitos Humanos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil: Supervisão de Cumprimento de Sentença*. 2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximenesp.pdf>. Acesso em: 21 out. 2016.

_____. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil: Supervisão de Cumprimento de Sentença*. 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximenes_17_05_10_%20por.pdf. Acesso em: 21 out. 2016.

ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 93-115, dez. 2011. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/46809>. Acesso em: 07 out. 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 9. Ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Direito Internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Implementação das recomendações e decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Brasil: Institucionalização e Política*. 1. Ed. São Paulo: Direito GV, 2013.

APONTAMENTOS ACERCA DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL INDÍGENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

NOTES ABOUT INDIGENOUS INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE IN THE LEGAL ORDER

Daniela Saab Nogueira

Bacharel em Direito pela Estácio de Sá; pós-graduanda em Ciências Criminais pela Estácio de Sá.

José Paulo Gutierrez

Doutor em Educação pela UCDB; professor adjunto da UFMS

Submetido em: 31/05/2018

Aprovado em: 17/12/2018

Resumo: Esse artigo objetiva discorrer sobre o patrimônio cultural imaterial indígena, com foco na proteção que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico, a partir do consenso doutrinário e jurisprudencial de que ele está inserto na noção de meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental que encerra a ideia de solidariedade intergeracional.

Palavras-chave: Direitos da solidariedade; Meio ambiente cultural; Patrimônio Cultural Imaterial; Povos Indígenas.

Abstract: *This article aims to discuss indigenous intangible cultural heritage, focusing on the protection granted by the legal system, based on the doctrinal and jurisprudential consensus that it is embedded in the notion of sustainable environment, a fundamental right that closes the idea of intergenerational solidarity.*

Keywords: *Solidarity rights; Cultural environment; Intangible Cultural Heritage; Indigenous people.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O meio ambiente cultural. 2.1 Patrimônio Cultural Imaterial. 3. Patrimônio Cultural Imaterial Indígena. 3.1 Proteção ao Patrimônio Cultural Imaterial Indígena como expressão dos direitos de solidariedade. 3.2 Notas acerca de danos ao Patrimônio Cultural Imaterial Indígena e responsabilidade civil. 3.3 Legitimidade do Ministério Público para defesa do Patrimônio Cultural Imaterial Indígena. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em 29 de setembro de 2006, a colisão entre o Boeing da Gol 737-800 que fazia o voo 1907 e o jato Legacy 600 tornar-se-ia um dos maiores acidentes aéreos do Brasil, ceifando a vida de 154 (cento e cinquenta e quatro) pessoas que estavam a bordo do avião, dentre passageiros e tripulantes.

À época, a preocupação da esmagadora cobertura jornalística e dos espectadores era em torno das consequências jurídicas do caso, mas apenas em relação aos familiares das vítimas e à companhia aérea.

Ocorre que o acidente se deu na Terra Indígena Kapôt-Jarina, onde vivem os indígenas *Mebengokre Kayapó*, e, em decorrência da queda da aeronave, o local afetado tornou-se impróprio para o uso tradicional da comunidade, pois, por razões culturais e espirituais, ali virou uma casa dos espíritos, um *Mekaron Nhyrunkwa*, um lugar sagrado e restrito à circulação em caráter eterno (FERRAZ, 2017). Assim, as formas tradicionais de interações socioculturais foram alteradas, desequilibrando a cosmologia dos Kayapó.

Por cerca de 14 (quatorze) anos, a única “atenção” que os indígenas receberam foi um certificado da Aeronáutica em agradecimento ao protagonismo que exerceram na operação de resgate (FERRAZ, 2017), até que em 2010, sob a liderança do Cacique Raoni, iniciou-se a peregrinação dos Kayapó em busca da reparação dos danos, o que culminou em um acordo, selado em outubro de 2016 e intermediado pelo Ministério Público Federal (MPF), entre eles e a GOL Linhas Áreas.

O ajuste firmou indenização milionária por danos ambientais, materiais e imateriais a favor do povo Kayapó, com gerência pelo Instituto Raoni, sociedade civil de direito privado que representa cerca de 2.300 indígenas da região do baixo Xingu, entre os Estados de Mato Grosso e Pará, a quem incumbe, também, o dever de prestar contas da aplicação dos recursos, comprovando a efetiva utilização em prol da comunidade (MPF, 2016). Na ocasião, a empresa acolheu integralmente o que lhe foi proposto, pois entendeu que a mensuração dos prejuízos passados e futuros não caberia a agentes ou instituições externas (MPF, 2016).

Essa avença trouxe visibilidade para um assunto desconhecido ou, equivocadamente, relegado pela maioria da população do país e que aborda direitos positivados na ordem jurídica nacional e internacional: a questão do Patrimônio Cultural Imaterial dos povos indígenas.

A diversidade sociocultural dos povos indígenas é reconhecida pelo Brasil e se expressa “pela presença de mais ou menos 283 povos indígenas distintos, habitando centenas de aldeias localizadas em praticamente todos os estados da

Federação” (VIEIRA, 2013, p. 14). São povos com saberes e processos culturais diferenciados, cujo conhecimento foi construído a partir de outras visões de mundo, e que acabam marginalizados pela nossa cultura etnocêntrica ocidental (VIEIRA, 2013).

Com a Declaração Universal sobre a diversidade cultural (2001), reafirma-se o entendimento de que a cultura deve ser considerada como “o conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças”.

O respeito à diversidade cultural é uma garantia de paz e segurança internacionais. O processo de globalização cria condições de um diálogo entre as culturas e as civilizações (UNESCO, 2001), sendo que uma das melhores formas de se garantir esse respeito e essa interação é a partir do conhecimento.

Neste contexto, a partir de uma pesquisa bibliográfica com fins exploratórios, o presente artigo objetiva discorrer sobre o patrimônio cultural imaterial indígena, com foco na proteção que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico e lançar luzes ao direito patrimonial cultural imaterial deste povo indígena. Para tanto, parte-se do consenso doutrinário e jurisprudencial de que ele está inserido na noção de meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental que encerra a ideia de solidariedade intergeracional.

2 O MEIO AMBIENTE CULTURAL

A definição legal de meio ambiente está insculpida no Art. 3º, I, da Lei nº 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, que entende este como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981).

A doutrina, porém, considera essa definição insuficiente, vez que considera apenas os elementos bióticos da natureza, não abarcando todas as modalidades de meio ambiente, pois não trata das criações humanas que o compõe (AMADO, 2017).

Nos ensinamentos de Marcos Paulo de Souza Miranda (2006):

O conceito hodierno de meio ambiente não se resume ao seu aspecto meramente naturalístico, mas comporta uma conotação abrangente, holística, que engloba inclusive os bens de valor histórico e artístico, sendo necessário que os operadores do direito se atentem para este fato, pois

somente assim será possível alcançar a proteção integral do meio ambiente, assegurando que os bens de valor cultural, que também são essenciais à sadia qualidade de vida de todos nós, possam ser usufruídos pelas presentes e pelas futuras gerações (MIRANDA, 2006).

Esse conceito é, pois, globalizante, abrangente de toda natureza original e artificial, consistente na interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais, que resulta em uma concepção unitária do ambiente (SILVA, 2004).

Assim, fruto da construção doutrinária, entende-se o meio ambiente sob os seguintes prismas: natural, artificial, cultural e do trabalho, tendo ainda quem inclua o patrimônio genético como uma quinta “espécie” de meio ambiente.

Essa classificação não está prevista na Constituição Federal de maneira expressa, porém, é possível subentendê-la da análise sistemática dos dispositivos constitucionais e demais textos normativos que tratam do tema, tendo sido, inclusive, admitida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI-MC 3540, de 1º de setembro de 2005:

A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a **‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial e de meio ambiente laboral** (grifo nosso) (BRASIL, 2005).

O meio ambiente em sua perspectiva cultural é “composto por criações tangíveis e intangíveis do homem sobre os elementos naturais” (AMADO, 2017, p. 22). Depreende-se, portanto, que o meio ambiente cultural engloba tanto o patrimônio cultural material, ou seja, palpável, constituído de bens móveis e imóveis, quanto o patrimônio cultural imaterial, relacionado aos saberes e às formas de expressão. A concepção de patrimônio cultural, em ambas vertentes, está no Art. 216 da Constituição Federal, donde emana um rol exemplificativo em cinco incisos:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico,

artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (BRASIL, 1988).

Para José Eduardo Ramos Rodrigues (1998, p. 209), o Art. 2016 não pretendeu esgotar uma rica e dinâmica realidade, possibilitando a construção de novos tipos de bens culturais.

A cultura, concebida como um conjunto de signos, símbolos, elementos e valores interdependentes pertencentes a um povo, vincula-se ao acervo de conhecimentos e convicções que consubstanciam experiências e condicionam atitudes e comportamentos frente à sociedade (REALE, 1999), caracterizando-se como um direito fundamental intimamente ligado ao princípio da autodeterminação (CUCHE, 1999) e ao princípio da dignidade humana.

A recomendação da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) sobre a salvaguarda da cultura tradicional e popular, de 15 de novembro de 1989, define esta como o acervo de criações advindas de uma comunidade cultural com finco na tradição e “que reconhecidamente respondem às expectativas da comunidade enquanto expressão de sua identidade cultural e social”, compreendendo, dentre outras formas, “a língua, a literatura, a música, a dança, os jogos, a mitologia, os rituais, os costumes, o artesanato, a arquitetura” (UNESCO, 1989).

No Brasil, o espírito de proteção, promoção e valorização da cultura permeia todo o ordenamento jurídico, sendo esta uma competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Art. 23, III, IV e V, da CF), cabendo aos três primeiros a competência legislativa concorrente sobre o assunto (Art. 24, VII e IX, da CF) e ao último legislar quando se tratar de patrimônio cultural local (Art. 30, I e IX, e 216-A, §4º, da CF).

A Seção II do Capítulo III da Constituição Federal, que compreende os Arts. 215 a 216-A, é dedicada exclusivamente aos direitos culturais, direitos fundamentais que também encontram guarida em outras disposições constitucionais (Arts. 5º, LXXIII; 23, III, IV, V; 24, VII, IX; 30, I, IX; 210; 219; 221; 227; 231; 242) e em legislações infralegais, como a Lei nº 12.343/2010, que institui o Plano Nacional de Cultura e cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais.

De fato, a preocupação do legislador com a cultura é evidente e extrapola, inclusive, os limites nacionais. Nessa toada, por exemplo, tem-se que a busca pela integração cultural dos povos da América Latina é erigida a princípio fundamental pela Carta Constitucional (Art. 4º, parágrafo único). No mais, o país assumiu um compromisso de zelar pelos direitos culturais em pactos e declarações internacionais, como na Declaração Universal dos Direitos do Homem (Art. 27), no

Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Art. 15) e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Art. XIII).

2.1 PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL

Ao dispor sobre a organização da proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, o Decreto-Lei nº 25/1937, em seu Art. 1º, tratou de definir esse patrimônio como “o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico” (BRASIL, 1937).

A noção de patrimônio, portanto, estava atrelada a bens considerados em si mesmos como móveis ou imóveis e vinculada, em relação à proteção ao patrimônio cultural, à fase histórica da excepcionalidade, cujo paradigma foi a Carta de Atenas de 1933. Segundo Santana e Oliveira (2004, p. 6), “um bem para que fosse considerado uma espécie do patrimônio cultural teria de possuir elevado valor histórico ou excepcional, visão essa que, se adaptada para a atualidade, excluiria os bens de natureza imaterial”.

A segunda fase de proteção ao patrimônio cultural, que teve como marco inicial a Carta de Veneza de 1964, foi a historicista, na qual considerava-se o valor histórico e documental dos bens. Para Ana Paula Comin de Carvalho (2012), “a prática da preservação histórica contribuiu para a representação simbólica da ‘identidade’ e da ‘memória’ da nação”.

A Declaração do México de 1985 desencadeou a terceira fase protetiva, a da imaterialidade, que passou a reconhecer os bens culturais imateriais (SANTANA; OLIVEIRA, 2004, p. 10). Pouco antes, em 1972, contemporâneo ao surgimento da Convenção do Patrimônio Mundial, Cultural e Nacional da UNESCO, que é atrelada à concepção de patrimônio veiculada pela primeira e pela segunda fase histórica de proteção, os países menos desenvolvidos reivindicaram a formulação de um instrumento internacional para a proteção das expressões populares de valor cultural, culminando na Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular (CARVALHO, 2012), que já previa bens de natureza intangível como componentes do patrimônio cultural.

É justamente a ideia da mescla do corpóreo com o incorpóreo que está contida no Art. 216 da Constituição Federal, que preceitua que o patrimônio cultural se constitui de bens de natureza material e imaterial que reportam à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos sociais.

Os bens imateriais são “práticas e domínios da vida social que se manifestam em saberes, ofícios e modos de fazer, celebrações, formas de expressão”, bem como nos

lugares que abrigam práticas culturais coletivas, como santuários (IPHAN, 2017). Os bens culturais imateriais, espirituais ou impalpáveis, portanto, refletem valores em suportes não materiais, não apreensíveis fisicamente. Seu produto consiste no manifestar-se (SILVA, 2001). E neles se funda o Patrimônio Cultural Imaterial.

O Patrimônio Cultural Imaterial, no rol exemplificativo do Art. 216 da Carta Maior, é abordado pelos incisos I, II, III e IV, que apontam exteriorizações das manifestações culturais (SILVA, 2001), como as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas e os espaços correlatos destinados às manifestações artístico-culturais coletivas.

Para José Eduardo Ramos Rodrigues (1998, p. 209), os três primeiros incisos “em parte consagram a preservação dos valores imateriais, de conteúdo sociológico e antropológico. Trata-se de um patrimônio em geral intangível, não tridimensional, mas científico, de conhecimentos, de tecnologia, de todas as disciplinas, erudito e popular”.

Ao encontro, tem-se a Convenção da UNESCO para salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 17 de outubro de 2013, que estabelece que a manifestação do Patrimônio Cultural Imaterial se dá nos campos das tradições e expressões orais, incluso o idioma; das expressões artísticas; das práticas, rituais e atos festivos; dos conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo; e das técnicas artesanais tradicionais; entendendo-o como:

[...] as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana (UNESCO, 2013).

Ainda que a definição de Patrimônio Cultural Imaterial possa parecer bem ampla, a proteção jurídica a ele conferida não é irrestrita, mas limitada a manifestações culturais portadoras de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (Art. 216, CF). Na doutrina de José Afonso da Silva (2001, P.114), “referência, nesse contexto, expressa um destaque de valoração”, merecendo proteção jurídica, portanto, o bem cultural considerado apto a definir a essência da identidade, da ação e/ou da memória de determinado grupo social.

O patrimônio imaterial é, pois, transmitido por gerações e recriados pelas “comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade, contribuindo para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana” (IPHAN, 2017). Sua conceituação inclui a dimensão social e as “interpretações e transformações que necessariamente acompanham a transmissão de saberes” (IEPE, 2006).

3 PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL INDÍGENA

O advento da Constituição Federal de 1988, pautada no entendimento multiculturalista e no direito à autodeterminação, operou uma mudança de paradigma na definição de patrimônio cultural, que passou a abarcar tanto bens materiais quanto imateriais, superando a noção de patrimônio atrelado a bens móveis e imóveis como estabelecido no Decreto-Lei nº 25/1937. Essa nova concepção paradigmática contribuiu sobremaneira para reforçar a salvaguarda dos direitos indígenas, que são basilares para a caracterização da coletividade, na medida em que a positivação dos direitos culturais materiais e imateriais impôs a força coercitiva necessária para que sejam reivindicados (BOBBIO, 2004).

Os indígenas são detentores de formas de expressões culturais particulares permanentemente recriadas e possuem intrínseca a questão da identidade étnica e da preservação cultural. Para eles, os recursos naturais são também recursos socioculturais que tem a ver com a vida coletiva e representam o suporte da vida social, estando diretamente ligados ao patrimônio cultural (AGUILERA URQUIZA; NASCIMENTO, 2013).

O patrimônio cultural dos grupos indígenas é caracterizado pela mescla de aspectos materiais e imateriais, donde estes servem como fonte para aqueles, pois consistem no conhecimento hereditário que enseja, oportunamente, uma materialização (IEPE, 2006), traduzida em enfeites, adornos, instrumentos, dentre outros objetos.

No que tange ao patrimônio cultural imaterial indígena, a Carta Magna preconiza a autonomia cultural e reconhece a organização social, costumes, crenças e tradições dos povos indígenas (Art. 231), garantindo suas manifestações culturais (Art. 215) e respeito a suas instituições.

Nessa toada, o Decreto nº 5.051 de 2004, que promulgou a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais, fixa o reconhecimento e proteção aos seus valores e práticas espirituais:

Artigo 5º Ao se aplicar as disposições da presente Convenção:

a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente;

b) deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos. [...]

Artigo 13 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação (BRASIL, 2004).

Esse também é o espírito da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, que resguarda o direito de manifestação, prática, desenvolvimento e ensino de suas tradições, costumes e cerimônias espirituais e religiosas; bem como de manutenção e proteção de seus lugares religiosos e culturais, com acesso privativo a estes (Art. 12¹); e, ainda, a reparação aos danos espirituais através de mecanismos eficazes (Art. 11²).

3.1 PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL INDÍGENA COMO EXPRESSÃO DOS DIREITOS DE SOLIDARIEDADE

O nascimento e desenvolvimento de novos direitos ao longo da história decorrem do processo da *dinamogenesis*, donde uma comunidade social, em determinado momento histórico, elege como valioso um valor, ainda abstrato, que fundamenta a dignidade da pessoa humana, e que, quando enraizado no seio dessa comunidade, impulsiona o reconhecimento jurídico que o torna exigível e eficaz (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010). Assim, os direitos humanos podem ser visua-

¹ Artigo 12 1. Os povos indígenas têm o direito de manifestar, praticar, desenvolver e ensinar suas tradições, costumes e cerimônias espirituais e religiosas; de manter e proteger seus lugares religiosos e culturais e de ter acesso a estes de forma privada; de utilizar e dispor de seus objetos de culto e de obter a repatriação de seus restos humanos. 2. Os Estados procurarão facilitar o acesso e/ou a repatriação de objetos de culto e restos humanos que possuam, mediante mecanismos justos, transparentes e eficazes, estabelecidos conjuntamente com os povos indígenas interessados.

² Artigo 11 1. Os povos indígenas têm o direito de praticar e revitalizar suas tradições e costumes culturais. Isso inclui o direito de manter, proteger e desenvolver as manifestações passadas, presentes e futuras de suas culturas, tais como sítios arqueológicos e históricos, utensílios, desenhos, cerimônias, tecnologias, artes visuais e interpretativas e literaturas. 2. Os Estados proporcionarão reparação por meio de mecanismos eficazes, que poderão incluir a restituição, estabelecidos conjuntamente com os povos indígenas, em relação aos bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais de que tenham sido privados sem o seu consentimento livre, prévio e informado, ou em violação às suas leis, tradições e costumes

lizados a partir de etapas evolutivas que se complementam e se aperfeiçoam ao longo do tempo, as chamadas gerações de direitos.

A primeira geração de direitos humanos, que abarca os direitos civis e políticos, tem origem nas revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, em que se buscava limitar o poder estatal frente aos direitos de liberdade próprios do cidadão, como o de participação e o de autonomia. O Estado deveria salvaguardar os interesses individuais, abstendo-se de realizar interferências, motivo pelo qual essa geração também é conhecida como a das liberdades públicas negativas ou direitos negativos (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010).

Inversamente, os direitos de igualdade da segunda geração, advindos dos movimentos sociais dos séculos XIX e XX e de caráter social, econômico e cultural, exigem uma “efetiva atuação prestacional do poder público para que seja alcançado o substrato mínimo exigido pela dignidade humana” (SILVEIRA, 2015, p. 108), proporcionando o alcance individual às necessidades materiais básicas para o salutar desenvolvimento.

Ainda que alguns doutrinadores admitam a existência de uma quarta e até de uma quinta geração de direitos humanos, majoritariamente aceita-se a divisão trigeracional (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010), que abarca os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. A terceira geração, portanto, diz respeito aos direitos de solidariedade, cuja preocupação é com o gênero humano e com o destino da humanidade.

Após os lamentáveis episódios da Segunda Guerra Mundial, a soberania absoluta estatal deu lugar à soberania compartilhada. O Estado-Nação passa a assumir responsabilidades perante o Direito Internacional, em uma relação de cooperação, integração e interdependência entre os Estados, visando os interesses da humanidade. Surge uma nova abordagem universalista dos direitos humanos “fundamentada e justificada pelo princípio da solidariedade” (SILVEIRA, 2015, p. 110).

A terceira geração dos direitos humanos preocupa-se com temas de caráter difuso e global, como o meio ambiente, a autodeterminação dos povos, a paz, a biossegurança e o desenvolvimento, sendo responsável por sintetizar e garantir a realização dos direitos de primeira e de segunda geração. No contexto de luta para efetivação da dignidade humana para todo o gênero humano, há a preocupação com as necessidades específicas de categorias de indivíduos que, marginalizados por suas fragilidades ou pela discriminação, necessitam dessa proteção específica para que gozem de um substrato mínimo de direitos que lhes proporcionem uma vida digna (SILVEIRA, 2015).

Por isso, a proteção aos grupos indígenas e, particularmente, ao seu patrimônio cultural imaterial está inserida no sistema universalista de efetivação dos direitos humanos. Na história do país, os indígenas foram injustiçados por uma política indigenista integracionista, que objetivava submetê-los ao regime tutelar do Estado. E ainda hoje, sob a égide da Constituição Federal de 1988, os indígenas apresentam dificuldade para concretizar direitos reconhecidos e autodefinir-se de acordo com suas expressões culturais próprias, tão importantes para a caracterização da coletividade e na preservação da identidade étnica.

O Art. 4º da Declaração Universal sobre a diversidade cultural preconiza que a defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, indissociável do respeito à dignidade humana. Assim,

[...] ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance (UNESCO, 2002).

A diversidade cultural, inegavelmente, amplia as possibilidades de escolha que se oferecem a todos, sendo fonte de desenvolvimento garantidora de acesso a uma existência intelectual, afetiva, moral e espiritual satisfatória. Os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos e como tal, universais, indissociáveis e interdependentes (UNESCO, 2002).

A inclusão da proteção ao patrimônio cultural imaterial no âmbito da terceira geração de direitos, portanto, vai além da concepção de cultura como direito individual cujo acesso deve ser efetivamente garantido, como estabelecido no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado pelo Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992, mas decorre de sua importância para a memória coletiva e formação histórica e social, bem como na aceção de um meio ambiente cultural a ser protegido para as presentes e futuras gerações, conforme emana do Art. 225 da Constituição de 1988³.

3.2 NOTAS ACERCA DE DANOS AO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL INDÍGENA E RESPONSABILIDADE CIVIL

Dano, em apertada síntese, é qualquer lesão injusta a bens e valores tutelados pelo Direito (BITTAR, 2015), podendo ter caráter patrimonial ou extrapatrimonial, a depender da tangibilidade e da monetização do objeto do prejuízo.

³ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Pode-se definir dano extrapatrimonial ou imaterial o que atinge a dignidade, o âmago, o íntimo do indivíduo ou de uma coletividade, com reflexos nas esferas psíquica e espiritual que acarretam deterioração a bens imateriais passível de reparação pecuniária compensatória (CIANCI, 2013). Esse dano implica em violação aos direitos da personalidade, com alcance nos direitos fundamentais (LUTZKY, 2012). Nesse sentido, pode ser considerado gênero do qual emanam diversas espécies (SOARES, 2007), como o dano moral, o dano existencial, o dano espiritual e o dano ao projeto de pós-vida.

Com fulcro nesse entendimento, depreende-se que, via de regra, a intervenção que resulte em perdas ao patrimônio cultural imaterial, afetando a cosmologia indígena e o modo de interação com o território, importa em danos extrapatrimoniais que sujeitam à responsabilização quem a eles deu causa, posicionamento compatível com o Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, donde emana que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, bem como com o Art. 216, §4º, que prevê punição para danos e ameaças ao patrimônio cultural.

A responsabilidade civil constitui-se em dever jurídico fundamental (MATOS, 2012), consistindo na obrigação de reparar o dano causado a outrem. Prospera na doutrina, no caso de não haver culpa/fato/risco concorrente por parte da vítima (TARTUCE, 2018), a tese da reparabilidade plena, ou seja, a reparação deve ser integral e abranger toda lesão suportada pela parte adversa, permitindo efetiva compensação pelo constrangimento ou pela perda sofrida (BITTAR, 2015).

Em regra, ela é fundada na culpa, competindo ao lesado demonstrá-la por todos os meios de prova a seu dispor para obter a reparação pretendida (BITTAR, 2015), porém, também poderá ocorrer independentemente de culpa nos casos previstos em lei ou decorrentes de risco da atividade, consoante parágrafo único do Art. 927 do Código Civil. No tocante à Administração Pública, a Constituição Federal, em seu Art. 37, § 6º, prevê a responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco administrativo:

§ 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 (BRASIL, 1988).

Particularmente em relação aos danos imateriais, a compensação encontra guarida expressa na ordem jurídica nacional. Nessa conjuntura, têm-se o Art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal e os Arts. 12 e 927 do Código Civil:

[...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002).

Convém ressaltar que a utilização da expressão dano moral, utilizada na Constituição Federal, “foi admitida e assente porque não se queria mais do que afastar a patrimonialidade. Sociologicamente, é defeituosa por sua estreiteza; mas o conceito jurídico encheu-se de todos os danos não patrimoniais” (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 75). O Código Civil, por sua vez, preferiu adotar um conceito mais abrangente de dano, ressaltando seu caráter amplo, evitando-se, assim, discussões terminológicas que culminassem em supressões de direitos.

A responsabilidade por danos causados ao Patrimônio Cultural Imaterial indígena foi abordada de maneira bem específica pelo Art. 11, 2, da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas:

2. Os Estados proporcionarão reparação por meio de mecanismos eficazes, que poderão incluir a restituição, estabelecidos conjuntamente com os povos indígenas, em relação aos bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais de que tenham sido privados sem o seu consentimento livre, prévio e informado, ou em violação às suas leis, tradições e costumes (UNESCO, 2007).

No que tange à busca para reparação civil por danos imateriais causados a esse patrimônio, os indígenas, suas comunidades ou organizações são partes legítimas para ingressar em juízo, por força do Art. 232 da Constituição: “Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo” (BRASIL, 1988).

O ressarcimento dos danos é dedutível em juízo por ações individuais ou coletivas, bem como por ação popular, prevista no Art. 5º, LXXIII⁴, da Constituição Federal, que pode ser proposta para anular ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural; e por ação civil pública, disciplinada pela Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985 e que rege as ações de responsabilidade por danos causados em

⁴LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

detrimento do meio ambiente, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; e à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; como reza o Art. 1º, incisos I, III, IV e VII. Nesse ponto, cabe salientar que o inciso III (“a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”) refere-se indubitavelmente ao meio ambiente cultural e, portanto, já implícito na noção de meio ambiente contida no inciso I, servindo, assim, para reforçar a proteção conferida a esse bem.

3.3 LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL INDÍGENA

O Ministério Público, nos termos do Art. 127 da Constituição Federal, é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo pautada pelos princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional.

O Ministério Público abrange os Ministérios Públicos dos Estados e o Ministério Público da União, que engloba o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (Art. 128, CF/88).

Por força do Art. 129, V, da CF/88, defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas é uma função institucional do Ministério Público, a quem cabe também intervir em todos os atos do processo que visa defender os direitos e interesses dos índios, suas comunidades e organizações, que são partes legítimas para ingressar em juízo (Art. 232, CF/88).

A defesa dos direitos indígenas, assim entendidos os que pertencem à coletividade, é matéria federal, de competência da Justiça Federal, consoante Art. 109⁵ da Constituição e, portanto, pertencente ao âmbito de atuação do Ministério Público Federal, que, inclusive, criou a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão⁶ para atuar nos feitos cíveis relativos à defesa dos direitos e interesses das populações indígenas e relacionados às comunidades tradicionais.⁷

⁵ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] XI - a disputa sobre direitos indígenas.

⁶ Art. 1º As Câmaras de Coordenação e Revisão constituem a menor unidade de natureza colegiada na estrutura do Ministério Público Federal, competindo-lhes as atividades de coordenação, integração e revisão do exercício funcional na instituição, exceto nos casos de atribuição do Procurador-Geral da República e do Procurador Federal dos Direitos do Cidadão, com participação igualitária de seus membros. (Resolução CSMPF nº 20, de 6 de fevereiro de 1996, alterada pela Resolução CSMPF nº 148, de 1º de abril de 2014).

⁷ Art. 2º As Câmaras de Coordenação e Revisão, organizadas por matéria, são assim distribuídas: (...) § 6º À 6ª Câmara de Coordenação e Revisão incumbe atuar nos feitos cíveis relativos à defesa

No mais, o meio ambiente equilibrado, nele compreendido o cultural, é um direito transindividual fundamental difuso e, portanto, abarcado pelo rol das atribuições protetivas do Ministério Público. Além disso, a própria Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, em seu Art. 5º, confere tal legitimidade a essa Instituição⁸. Também é importante mencionar que o Art. 82º do Código de Defesa do Consumidor (CDC) confere legitimidade para o Ministério Público atuar na defesa de interesses difusos ou coletivos, isso em decorrência do diálogo das fontes normativas existentes no microsistema processual coletivo, que tem como cerne a Lei de Ação Civil Pública e o CDC.

CONCLUSÃO

Em conformidade com o Art. 225 da Constituição Federal, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo este um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, cabendo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Meio ambiente, pela doutrina majoritária, é compreendido sob quatro vertentes: natural, artificial, do trabalho e cultural.

O foco do meio ambiente cultural é o patrimônio cultural, que se constitui de bens de natureza material e imaterial portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Dentre esses grupos, encontram-se os povos indígenas, extremamente vulneráveis e sujeitos a toda gama de violações de direitos que interferem negativamente na sua cosmologia, intimamente relacionada à simbiose que possuem com a terra. Por tal razão, são merecedores de uma proteção específica dos direitos humanos para que lhes sejam proporcionados os substratos mínimos para a efetivação da dignidade humana em todas suas nuances.

dos direitos e interesses das populações indígenas e relacionados às comunidades tradicionais. (Resolução CSMPPF nº 20, de 6 de fevereiro de 1996, alterada pela Resolução CSMPPF nº 148, de 1º de abril de 2014).

⁸ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [...] I - o Ministério Público.

⁹ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público.

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

O patrimônio cultural imaterial indígena, galgado na ideia de representação coletiva, está inter-relacionado ao direito à identidade cultural e à questão da solidariedade intergeracional, abarcada pela terceira geração de direitos humanos, sendo forçoso concluir pela imprescindibilidade de sua proteção.

É possível afirmar que, sob a ótica normativa, a defesa do patrimônio cultural imaterial indígena possui um respaldo legislativo amplo, com mecanismos judiciais suficientes à disposição para dar-lhe efetividade. Porém, é preciso zelar para que essa efetividade seja real, no sentido de que todas as culturas possam se expressar e se fazer conhecidas, consciente de que a valorização da diversidade cultural é fonte de desenvolvimento humano e contribuição essencial para garantia da paz, conforme preconizado na Declaração Universal sobre a diversidade cultural da UNESCO.

REFERÊNCIAS

AGUILERA URQUIZA, Antonio H.; NASCIMENTO, Adir Casaro. Povos indígenas e as questões da territorialidade. In: AGUILERA URQUIZA, Antonio H. (Org.). *Culturas e história dos povos indígenas em mato Grosso do Sul*. Campo Grande, MS: Ed. UFMS, 2013. P. 53-71.

AMADO, Frederico. *Direito Ambiental*. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova Ed. – 7ª reimpressão. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em <<https://direitofma2010.files.wordpress.com/2010/05/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

_____. Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 abr. 2004.

_____. Decreto-Lei 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 30 nov. 1937.

_____. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 02 set. 1981.

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 1990.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Med.Caut. em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540-1 Distrito Federal*. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJe 03.02.2006, p. 000528.

CARVALHO, Ana Paula Comin de. Reflexões sobre as consequências culturais da globalização sob o ponto de vista do patrimônio cultural. In: *Globalização, cultura e identidade*. Série Temas Sociais Contemporâneos. 1ª Ed. Curitiba: InterSaberes. 2012.

CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUCHE, Denis. *A noção de cultura nas ciências sociais*. Trad. Viviane Ribeiro. Bauru: EDUSC, 1999. 256 p. Disponível em: <<http://www.usp.br/cje/anexos/pierre/CUCHeDAnoCaodeculturanasCienciasSociaisCopia.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo 2010*. IBGE, 2010. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *O que é Patrimônio Imaterial?* Brasília: IPHAN, [201-]. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/bcrE/pages/conPatrimonioE.jsf>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

FERRAZ, Lucas. *Gol pagará R\$4 milhões de indenização a índios por danos espirituais*. Brasil: BRST, nov. 2017. Disponível em: <http://www.huffpostbrasil.com/2017/02/07/gol-pagara-r-4-milhoes-de-indenizacao-a-indios-por-dano-espirit_a_21708961/?ncid=fbcklnkbrhpmg00000004>. Acesso em: 06 mar. 2017.

LUTZKY, Daniela Courtes. *A reparação de danos imateriais como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MATTOS, Paula Frassinetti. *Responsabilidade civil: dever jurídico fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Índios Kayapó receberão indenização por danos causados após queda de avião da Gol em 2006. Cuiabá: MPF, 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mt/sala-de-imprensa/noticias-mt/indios-kayapo-receberao-indenizacao-por-danos-causados-apos-queda-de-aviao-da-gol-em-2006>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

_____. Resolução CSMPPF nº 148, de 1º de abril de 2014. Altera a Resolução CSMPPF nº 20, de 6 de fevereiro de 1996, que dispõe sobre a estrutura de organização temática das Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, dando nova redação aos arts. 1º, 2º e 15. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 de abril de 2014, pg. 91. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/sobre/copy_of_composicao/legislacao-1/resolucao-148-camaras.pdf> Acesso em: 15 fev. 2018.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Patrimônio Ambiental Cultural: usucapião de bens móveis tombados – uma análise em busca da efetividade protetiva do Dec.-Lei 25/37*. Revista de Direito Ambiental, v.41, jan.-mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Rio de Janeiro: UNIC, 2008. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Convenção para a salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*. Tradução feita pelo Ministério das Relações Exteriores. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540por.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. *Recomendação sobre a salvaguarda da cultura tradicional e popular*. Paris, 1989. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Recomendacao%20Paris%201989.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

_____. *Declaração Universal sobre a diversidade cultural*. 2001. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

REALE, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 1996. 143 p.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *A evolução da proteção do patrimônio cultural - crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural*. In: Revista Advocacia Pública & Sociedade: Temas de Direito Ambiental e Urbanístico. Coord. Guilherme José Purvin de Figueiredo. Ano II, n. 3. São Paulo: Max Limonad, 1998.

SANTANA, Luciano Rocha; OLIVEIRA, Thiago Pires. Tem legitimidade ad causam o Ministério Público para agir na proteção do Patrimônio Cultural Imaterial e garantir os direitos das Comunidades Urbanas Tradicionais? In: *Caderno de Teses do "II Congresso Nacional da Magistratura e do Ministério Público para o Meio Ambiente: A Efetividade do Direito Ambiental Brasileiro: Ações e Resultados"*. Araxá-MG: ABRAMPA, 2004. Disponível em: <www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/3375> Acesso em: 07 mar. 2018

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 20 p.

_____. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001. 250 p.

SILVEIRA, Vladimir O. Direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiência. *Revista Direito UFMS (Edição Especial)*, v. 01, n. 01. Disponível em: <<http://seer.ufms.br/index.php/revdir/issue/view/98/showToc>> Acesso em: mar. 2018.

_____; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010. 259 p.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Dano existencial: uma leitura da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais sob a ótica da proteção humana*. Porto Alegre: PUCRS, 2007. 227 p. Originalmente apresentada como dissertação de Mestrado em Direito, PUCRS, 2007. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/2337>>. Acesso em 06 mar. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 8 ed. São Paulo: Método, 2018. 1922 p.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. *Jurisprudência X Precedente*. 2015. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/jurisprudencia-x-precedente>>. Acesso em 07 mar. 2017.

VIEIRA, Carlos Magno Naglis. Sociodiversidade Indígena no Brasil e em Mato Grosso do Sul. In: AGUILERA URQUIZA, Antonio H. (Org.). *Culturas e história dos povos indígenas em mato Grosso do Sul*. Campo Grande, MS: Ed. UFMS, 2013. p. 13-51.

EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E ENSINO JURÍDICO: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO

HUMAN RIGHTS EDUCATION AND LEGAL EDUCATION: A NECESSARY DIALOGUE

José Edmilson de Souza Lima

Doutor em Meio Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Paraná - UFPR

Milena Moraes Lima

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA

Submetido em: 12/07/2018

Aprovado em: 17/12/2018

Resumo: Na atualidade, é notável o esforço conjunto da comunidade internacional na busca por modos de assegurar cada vez mais a efetividade das garantias compreendidas como direitos humanos, sendo que o Brasil é signatário de diversos instrumentos internacionais nesse sentido. No bojo deste debate, é proposto no presente artigo a realização de um diálogo entre o conceito de educação em direitos humanos e o ensino jurídico contemporâneo. A proposta apresentada neste estudo se mostra relevante e justificada, uma vez que traz para o ensino jurídico uma visão alternativa, que busca assegurar maior efetividade a essas garantias. Os dados que serão apresentados foram coletados por meio da pesquisa bibliográfica. Na parte inicial do estudo foi apresentado o conceito de direitos humanos que aqui se adota, seguida pela exposição do significado de direito à educação e do conceito de educação em direitos humanos. A segunda parte da pesquisa foi dedicada à descrição do predominate panorama atual do ensino jurídico, o qual se revelou insuficiente, uma vez que o seu enfoque é limitado à formação meramente técnica do bacharel. No último tópico procedeu-se ao diálogo entre o conceito de educação em direitos humanos e a formação jurídica atual. Por meio da pesquisa foi possível concluir que, ao aplicar o conceito de educação em direitos humanos no ensino jurídico, o modo de pensar e ensinar o Direito amplia-se para além dos aspectos técnico, formal e normativo, passando a incluir também a perspectiva da realidade social em que ele será aplicado, bem como os atores invisibilizados pelo discurso normativo. Portanto, o diálogo entre os dois conceitos resulta na necessidade de se atribuir ao ensino jurídico a responsabilidade de formar bacharéis conscientes e envolvidos ativamente na resolução das problemáticas sociais, bem como na busca pela efetividade dos direitos humanos nas suas ações como juristas.

Palavras-chave: Formação; Problemáticas Sociais; Técnico; Direito.

Abstract: *In these days, it is remarkable the joint effort of the international community in the search for ways to assure more effectiveness of the human rights moreover Brazilian state is a subscriber in many of international instruments involving the theme. The proposal of this study is relevant and it is justified, since it aims to bring to the legal education a perspective that will give more effectiveness to those guarantees. The data that will be presented was collected through bibliographic research. In the initial part of the study it was exposed the definition of human rights that was adopted, followed by the exposition of the meaning of the right to education and the human rights education. The second part of the research was dedicated to a description of the predominant scenario of the current legal education, which turned out as insufficient, because it is limited to the mechanical formation of the jurist. In the last topic, it was presented the dialogue between the concept of the human rights education and the current legal education. It was possible to conclude through the research that when we apply the concept of education in human rights to the legal education, the way of thinking and teaching Law extends beyond the mechanical, formal and normative aspects, to include also the perspective of the social reality in which it will be applied and the social actors that are invisible to the normativity. Therefore, the dialogue between the two concepts ends up bringing to legal education the responsibility to form law operators that will be conscious and actively involved in solving social problems and bringing effectiveness to the human rights in their actions as jurists.*

Keywords: *Formation; Social Problems; Mechanical; Law.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Por uma nova concepção de Direitos Humanos. 2.1 Os Direitos Humanos no discurso universal. 2.2 O rompimento com a concepção hegemônica de Direitos Humanos. 3. Direitos Humanos e Educação. 3.1 O que é a Educação em Direitos Humanos? 4. O ensino jurídico e a Educação em Direitos Humanos. 4.1 Os limites do ensino jurídico atual. 4.2 Uma proposta de diálogo entre a Educação em Direitos Humanos e o ensino jurídico. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos humanos são compreendidos como o acervo de direitos inerentes a todo e qualquer ser humano, independentemente de raça, etnia, nacionalidade, condição social, econômica ou quaisquer outros fatores que possam ser elencados. Eles podem ser classificados em três dimensões, de acordo com os valores que representam, sendo que essas garantias são cumulativas e complementares entre si.

A primeira dimensão corresponde aos direitos civis e políticos, que são relacionados ao valor da liberdade, enquanto a segunda abarca os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais são atrelados à noção de igualdade. Por fim, as garantias de terceira dimensão correspondem aos direitos ao desenvolvimento, à paz e à livre determinação, que são associados à concepção de solidariedade.

Nos últimos anos, o debate acerca do tema intensificou-se no Brasil, uma vez que com o advento da promulgação da Constituição Federal de 1988 várias dessas garantias foram expressamente contempladas pelo ordenamento jurídico

pátrio, bem como porque o país tem se tornado signatário de vários pactos e acordos internacionais que abordam tais direitos.

O presente artigo tem como objeto de estudo o direito à educação, o qual está circunscrito na segunda dimensão dos direitos humanos. Essa garantia se mostra de fundamental relevância, uma vez que por meio da educação é possível promover a emancipação do homem no seio da sociedade em que ele vive, sendo, portanto, condição imprescindível para o desenvolvimento humano integral.

Quando se aborda o conceito de educação, muitas definições limitam-se ao ensino formal básico e, nesse mesmo sentido, ao tratar especificamente do ensino jurídico, a visão é circunscrita ao aspecto formal do Direito. Por outro lado, como se verá ao longo do presente estudo, a compreensão de educar em direitos humanos é muito mais abrangente.

Diante disso, o presente artigo dedica-se ao estudo aprofundado sobre a temática, promovendo o diálogo entre a educação em direitos humanos e o ensino jurídico, para verificar em que medida é possível relacionar os dois conceitos.

Como meio de concretizar o objetivo proposto, foi adotada a metodologia da pesquisa bibliográfica, por meio da qual procedeu-se à coleta dos dados que serão apresentados na sequência.

Em um primeiro momento será realizada a apresentação do conceito de educação em direitos humanos adotado no presente estudo. Posteriormente, será estudada a forma de ensino predominante nos cursos de Direito, seguido do diálogo entre a educação em direitos humanos e o ensino jurídico.

Considerando a fundamental relevância do debate sobre os direitos humanos na sociedade atual, a realização do presente estudo se mostra justificada, uma vez que objetiva apresentar meios de concretização e promoção de tais direitos no âmbito dos cursos de Direito. Ressalte-se, ainda, que a educação é um dos principais meios para se concretizar e fomentar a cidadania e, conseqüentemente, consolidar um Estado Democrático de Direito, como é o Brasil.

Deste modo, sendo um direito inerente à condição humana e ainda de acentuada importância para os anseios de uma sociedade democrática, a educação deve ser colocada em debate, principalmente no meio acadêmico, onde deverá ser sempre revista, questionada e repensada, para que possa ser cada vez mais eficiente nos objetivos que pretende cumprir.

Por fim, vale dizer que os direitos humanos constituem um paradigma a ser efetivado na atualidade, sendo que a sua promoção e defesa é de responsabilidade de todos os integrantes da sociedade. Dentro dessa perspectiva, o pesquisador assume um papel especial, uma vez que no âmbito da pesquisa acadêmica a reali-

dade social e os problemas nela enfrentados poderão ser debatidos, buscando-se soluções para essas demandas.

2 POR UMA NOVA CONCEPÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Como fora brevemente exposto, a educação é reconhecida como um direito essencial à condição humana, sendo uma garantia atrelada à concepção de igualdade. Entretanto, antes de adentrar ao debate da temática em si, importante que se debruce inicialmente sobre a concepção de direitos humanos adotada no presente estudo.

2.1 OS DIREITOS HUMANOS NO DISCURSO UNIVERSAL

O discurso hegemônico de direitos humanos tem como seu marco histórico inicial a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a qual foi adotada em 1948 pela Organização das Nações Unidas (ONU). O referido instrumento revela uma postura universal de proteção aos direitos humanos, sendo que os países que dela são signatários se comprometeram a tomar medidas contínuas para garantir o reconhecimento e o efetivo cumprimento dos direitos humanos nela assegurados.

Os direitos consagrados na DUDH revelam o espírito do momento histórico de sua proclamação, o pós-guerra, que trazia as indeléveis marcas do nazismo, cujas cruéis consequências produziriam os mais variados efeitos na humanidade por um sem número de anos. Impunha-se assegurar valores como igualdade, liberdade, fraternidade como fundamentais aos seres humanos. Como expressão desses valores, o direito à vida, à liberdade, à segurança, à justiça, dentre tantos outros, passaram a ser assegurados no mesmo documento (PATRIOTA, 2017, p. 8).

Assim, as garantias insculpidas no referido instrumento têm como características serem universais e inerentes a todo ser humano, independentemente de qualquer classificação que possa ser imposta no âmbito social.

Nesse momento histórico foram reconhecidos os direitos de primeira dimensão, quais sejam os civis e políticos, que compreendem o direito à vida, à liberdade e à segurança. Tais direitos têm como principal característica serem essenciais e indispensáveis, sendo que o contexto histórico em que surgiram urgia pelo reconhecimento deles antes de quaisquer outras garantias.

Posteriormente, com o reconhecimento e a expansão dos direitos humanos, foi acrescentado ao rol de garantias o direito ao desenvolvimento. Por meio da

aprovação da Declaração do Direito ao Desenvolvimento pela ONU, em 1986, foi reconhecido também o direito ao desenvolvimento em seus aspectos social, econômico, cultural e político, os quais são compreendidos como garantias de segunda dimensão.

Por fim, há os direitos de terceira dimensão, os quais estão relacionados com os valores de solidariedade e fraternidade. Essas garantias diferem das duas primeiras categorias com relação à titularidade, sendo que a partir desse momento passam a ser assegurados também direitos transindividuais, coletivos ou difusos.

A despeito da importância dessa conceituação hegemônica, o presente estudo adota uma concepção mais ampla sobre os direitos humanos.

2.2 O ROMPIMENTO COM A CONCEPÇÃO HEGEMÔNICA DE DIREITOS HUMANOS

Existem muitas críticas que podem ser feitas à concepção hegemônica de direitos humanos (efetividade, rol limitado, sujeitos contemplados, limitação etc.). No entanto, para a realização do debate proposto no presente estudo, pontuamos a discordância com a pretensão universal desse discurso e a sua consequente exclusão da diferença, para o fim de ampliar os sujeitos contemplados por essas garantias.

O conceito de direitos humanos propaga-se como sendo uma construção universal, devendo ser adotada por todas as nações da humanidade. Para garantir essa universalidade, o discurso reveste-se de uma pretensa neutralidade, como se tivesse sido produzido por um humano ideal, que representasse todos os povos existentes. O local de enunciação que esse sujeito se situa é o ponto zero do conhecimento, ou seja, um local neutro, descontextualizado, objetivo e, portanto, universal, compreendendo todos os ideais almejados pela humanidade.

Entretanto, ao contrário do que é propagado pelo discurso hegemônico, é perfeitamente possível situar o local de enunciação do discurso de direitos humanos, bem como as particularidades do sujeito que o produziu: homem, branco, detentor de posses e vencedor da guerra. E quando se identifica o seu local de enunciação, são evidenciados os limites do discurso universal.

Isso porque na realidade social são facilmente encontrados sujeitos que não se enquadram nas características deste “humano ideal” que produziu o discurso (a mulher, o negro, o índio, o mulato, o mestiço, o refugiado, o apátrida, o pobre, o derrotado na guerra). Assim, uma outra face dos direitos humanos é apresentada, por meio da qual é possível constatar que na verdade ele invisibiliza e subalterniza os sujeitos que diferem do ideal “universal” de ser humano.

Portanto, ao contrário do que se propaga, a construção do conceito hegemônico de direitos humanos não alcança todos os indivíduos e é insuficiente para promover as mudanças que almeja realizar.

Divergindo dessa construção pretensamente universal, o conceito de direitos humanos que aqui se adota tem como base a pluralidade epistemológica proposta pelo pensamento decolonial¹. Por meio dessa abordagem, é possível tensionar os limites da episteme hegemônica e abrir fissuras por onde os conhecimentos subalternizados pelo discurso universal ganham voz e legitimidade.

Logo, pensar o direito a partir dos saberes locais implica a possibilidade de modificar (e não inverter) as relações de conhecimento colonizadas e ir além da universalidade epistêmica que se reflete na concepção de que noções como humanidade, direitos, direitos humanos, democracia, estado, desenvolvimento, em suas concepções eurocêntricas, são “verdadeiras” e válidas para todos os povos do mundo (COLAÇO, 2012, p. 189).

Deste modo, rompe-se com discurso universal de um “homem ideal”, para dar vez e voz ao conhecimento reconhecidamente localizado e à alteridade, contemplando “as múltiplas possibilidades de conhecer e perceber as relações sociais singulares” (KOSOP, SOUZA-LIMA, 2017, p. 207).

Portanto, os direitos humanos não se destinam mais exclusivamente ao sujeito enunciativo do discurso (o homem, o branco, o europeu, o rico), mas também contemplam os sujeitos que diferem desse “homem ideal”. Nessa perspectiva os povos subalternizados apropriam-se do discurso de direitos humanos para reivindicarem a sua emancipação e participação na vida social, bem como a proteção dos seus direitos dentro da sua própria alteridade.

Os direitos humanos, então, não são mais um discurso homogeneizador, mas sim uma narrativa que reconhece, protege e legitima a heterogeneidade que compõe a sociedade. Por meio de uma perspectiva a partir das margens do conhecimento hegemônico, reconhecendo o seu local de enunciação, o discurso aqui adotado reivindica os direitos humanos para tensionar e combater a exclusão propagada exatamente pelos discursos pretensamente universais.

¹ “Em nossa opinião a questão decolonial é ampla e diz respeito, principalmente ao encobrimento da continuidade da epistemologia eurocêntrica, ou seja, do padrão de conhecimento que é imposto como universal e classificatório da humanidade. A colonialidade, desta forma, aparece diante da retórica moderna, ou seja, por trás dos discursos de justiça, direitos humanos, democracia, desenvolvimento, multiculturalismo, por exemplo, também se observa a lógica colonial. Esta se sustenta na ideia de que alguns estão em um lugar universal e assim representam o conhecimento universal (verdadeiro, neutro, justo, bom para todos), enquanto “outros” são os que estão em um lugar particular e localizado e, por isso, devem receber esse conhecimento” (COLAÇO, 2012, p. 188).

3 DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO

Dentro dessa concepção alargada de direitos humanos, está inserido o direito à educação, o qual está intimamente atrelado ao valor de igualdade. Isso porque a educação é responsável por impulsionar a emancipação do sujeito no contexto social em que ele vive, propiciando a igualdade de oportunidades para uma participação social ativa e consciente.

A emancipação política promovida pela educação consiste em elemento fundamental para a “formação do cidadão enquanto ser-social; sob valores ético-morais que se reproduzem no âmbito político-institucional, nos espaços públicos, e no âmbito relacional, das relações sociais” (GRIJO; SANTOS, 2017, p. 13). Essa emancipação, contudo, não pode ser compreendida como uma negação de valores estrangeiros, mas sim como uma forma de resistir aos obstáculos de dominação (KOSOP; SOUZA-LIMA, 2017, p. 207), que nada mais são do que a tentativa de homogeneizar a diferença.

Adotando a perspectiva de que a educação é um direito inerente à condição humana e que tem como fim superar as relações de poder e saber que são propagadas por meio do conhecimento, o seu significado é ampliado para além da educação formal experimentada nas salas de aula. Assim, a educação deve formar sujeitos livres e conscientes dos seus direitos, deveres e também do papel que eles desempenham perante a sociedade, de modo que possam usufruir e lutar pela efetivação das garantias fundamentais que lhes são asseguradas.

Ademais, essa garantia fundamental deve alcançar também aqueles indivíduos que não têm acesso ao ensino tradicional, de modo que a educação não seja utilizada como ferramenta de dominação e segregação social, o que acabaria por colidir frontalmente com o princípio da igualdade.

No contexto educacional brasileiro, verifica-se que o direito à educação é expressamente reconhecido pela Carta Constitucional de 1988 em seu artigo 205, tendo por uma de suas bases o princípio da igualdade (BRASIL, 1998). Por meio do referido dispositivo legal, o ordenamento jurídico pátrio contempla a educação como um direito fundamental, inerente a todos os indivíduos, sendo de responsabilidade do Estado e da sociedade, cujo objetivo, além da qualificação para o mercado de trabalho, é a formação cidadã e o desenvolvimento do sujeito.

Dentro dessa concepção sobre a educação, está inserida também a ideia de educação em direitos humanos, sobre a qual existe no ordenamento jurídico pátrio a Resolução 1º/2012, do Ministério da Educação. Neste instrumento normativo são estabelecidas as diretrizes nacionais para a educação em direitos humanos, sendo que no seu artigo 5º está explicitado o objetivo central da educação em direitos humanos no país:

Art. 5º A Educação em Direitos Humanos tem como objetivo central a formação para a vida e para a convivência, no exercício cotidiano dos Direitos Humanos como forma de vida e de organização social, política, econômica e cultural nos níveis regionais, nacionais e planetário (BRASIL, 2012).

A resolução estabelece também que a educação em direitos humanos deve ser observada em todo o sistema de ensino, incluindo o básico, o superior, as instituições de pesquisa e os projetos de extensão. Entretanto, o que se entende por educação em direitos humanos?

3.1 O QUE É A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS?

A noção de educar em direitos humanos também visa a propiciar a emancipação do sujeito na sociedade em que ele vive e impulsionar a construção de uma sociedade preparada para o exercício da autonomia e da cidadania (BITTAR, 2007, p. 317). Uma formação cidadã, inserida na concepção de educação em direitos humanos, visa a dotar o indivíduo da capacidade de ser o protagonista na afirmação, defesa e respeito da dignidade humana, que aqui é alargada para além da figura do “homem universal”.

O foco dessa forma de educação, logo, consiste em produzir e também ampliar as capacidades individuais, a consciência crítica e a participação social dos sujeitos dentro de um contexto social, de modo que “educar para os direitos humanos é, sobretudo, dotar de competência científica e técnica o sujeito para que ele possa atuar para melhorar a sua vida e a vida do seu grupo social e de outros grupos sociais, enfim melhorar a vida de todas as pessoas” (PATRIOTA, 2017, p. 19).

Por outro lado, a análise desse conceito demonstra que para possibilitar a emancipação do sujeito na sociedade em que ele vive, a educação em direitos humanos não pode ser realizada sem se voltar para a realidade social na qual ela será concretizada. Essa forma de educar deve sensibilizar e conscientizar o indivíduo sobre a fundamental importância do respeito ao ser humano, dotando-o da capacidade de não somente exercer os direitos que lhe são inerentes, como também respeitar aqueles pertencentes ao próximo, ao diferente, ao marginalizado.

A educação em direitos humanos é essencialmente a formação de uma cultura de respeito à dignidade humana mediante a promoção e a vivência dos valores da liberdade, da justiça, da igualdade, da solidariedade, da cooperação, da tolerância e da paz. Portanto, a formação dessa cultura significa criar, influenciar, compartilhar e consolidar mentalidades, costumes, atitudes, hábitos e comportamentos que decorrem, todos, daqueles valores essenciais citados – os quais devem se transformar em práticas (BENEVIDES, 2003, p. 309-310) .

Logo, a transformação almejada pela educação em direitos humanos só é possível mediante a percepção da realidade que circunscreve o sujeito, abordando-se o contexto social e político no qual ele está inserido. Assim, busca-se construir um ciclo no qual o indivíduo, consciente do seu papel na sociedade, livremente assegura o respeito e a efetividade dos direitos inerentes ao próximo, que, na mesma medida, respeita e concretiza os direitos do primeiro.

Para que o sujeito adote uma postura ativa perante a sociedade, imprescindível que haja a assimilação e o desenvolvimento do pensamento crítico do indivíduo sobre o conhecimento com o qual ele está entrando em contato, não sendo admissível a mera transmissão do saber.

A educação em direitos humanos, portanto, não pode se limitar ao aspecto instrutivo, ou seja, de mera soma das informações acumuladas, mas deve ser também formativa, geradora da autonomia do pensar (BITTAR, 2007, p. 323). Exige-se que a educação em direitos humanos resulte em sujeitos que não sejam somente receptores passivos, mas que também possam ser produtores ativos das mais diversas formas de conhecimento.

Nesse sentido, vê-se que a verdadeira produção do saber voltado aos direitos humanos tem como sua razão de ser a superação das dificuldades e dos obstáculos enfrentados pela sociedade na efetivação de tais direitos. Do lado oposto a esta finalidade, uma abordagem unidisciplinar, fragmentada e meramente formal da educação em direitos humanos acaba por negligenciar a análise da dinâmica da realidade social onde esses direitos serão concretizados.

A metodologia a ser adotada pela educação em direitos humanos, portanto, “deve incluir uma prática pedagógica que possibilite a percepção da realidade, sua análise e uma postura crítica frente a ela, incluindo duas dimensões essenciais: a emancipadora e a transformadora. Através delas, é possível sensibilizar-se, indignar-se, atuar e comprometer-se” (TAVARES, 2007, p. 491).

Assim, essa forma de educação deve revestir-se da interdisciplinaridade, uma vez que a multiplicidade de formas de pensar e o diálogo entre campos do saber por ela ocasionado resulta em um processo educacional plural e mais completo. Portanto, rompe com os limites existentes na forma tradicional de se pensar o ensino.

4 O ENSINO JURÍDICO E A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

Neste tópico do presente estudo, propõe-se a realização de um diálogo entre a educação em direitos humanos e o ensino jurídico, para o fim de tensionar os limites a que o ensino do Direito está circunscrito. Antes, contudo, importante

que sejam apontados alguns obstáculos enfrentados pelo ensino jurídico brasileiro na atualidade.

4.1 OS LIMITES DO ENSINO JURÍDICO ATUAL

No ensino jurídico atual tem predominado a transmissão do conhecimento apenas em seus aspectos técnico e normativo, de forma dissociada da realidade em que ele será aplicado e sem que haja o compromisso com a produção de pensamento crítico e autônomo dos acadêmicos. Uma vez que o Direito nacional é enraizado nas epistemes racionalista e positivista, o seu ensino tem se limitado à transmissão de conhecimento técnico e normativo, cujo único paradigma fundante é o próprio direito positivado.

[...] pode-se afirmar que o paradigma (dogmático) dominante no ensino do direito não permite ao estudante compreender que “na sociedade circulam várias formas de poder, de direito e de conhecimentos que vão muito além do que cabe nos seus postulados”. A partir da estratégia de eliminação de qualquer elemento extra-normativo, as faculdades de direito acabam por criar “uma cultura de extrema indiferença ou exterioridade do direito diante das mudanças experimentadas pela sociedade”. Isso porque, “enquanto locais de circulação dos postulados da dogmática jurídica, têm estado distantes das preocupações sociais e têm servido, em regra, para a formação de profissionais sem um maior comprometimento com os problemas sociais” – como assevera Boaventura de Sousa Santos (SANTOS, 2008 apud WERMUTH; NIELSSON, 2016, p. 13).

Deste modo, verifica-se o afastamento entre o Direito ensinado nas salas de aula e a pluralidade das demandas sociais existentes, sendo que a formação jurídica tem priorizado atender somente às exigências de um mercado de trabalho extremamente técnico, em detrimento de uma formação humanística e crítica. Consequentemente, são formados sujeitos capazes de passar em provas técnicas, mas que não conseguem compreender o Direito além da normatividade (MORAIS DA ROSA, 2015, s/p).

Nesse sentido, ao analisar as grades curriculares dos cursos de Direito, Furtado (2012, p. 110-112) destaca a ênfase dada à formação técnica na atualidade:

[...] a carga horária das disciplinas que compõem os “eixos profissional e prático” da organização curricular, referentes às áreas específicas do conhecimento jurídico é infinitamente superior à carga horária das disciplinas do “eixo fundamental”, que são dedicadas aos elementos axiológicos que atuam na construção dos textos legais, com o objetivo de

integrar o acadêmico às outras áreas do saber. Essa dedicação, em regra, mais expressiva das Instituições de Ensino aos “eixos profissional e prático” reflete um predomínio incontrastável da ideologia positivista e de um ensino completamente esvaziado de conteúdo social e humanístico, que revela um sério problema na formação jurídica brasileira.

Entretanto, essa formação técnica em detrimento da formação humanística não corresponde aos anseios da sociedade. Isso porque o Direito é um instrumento de mudança social, o qual deve se voltar para a construção de uma sociedade cada vez mais justa e inclusiva. Dentro dessa perspectiva, a formação de um jurista comprometido com a efetividade dos direitos humanos é ferramenta fundamental para a desconstrução dos paradigmas enfrentados na superação das problemáticas sociais.

Portanto, apesar da forma de ensino predominante na atualidade bastar para garantir o ingresso do bacharel no mercado de trabalho, ela é insuficiente, uma vez que se atém aos aspectos normativos e se afasta da realidade que cerca o indivíduo, tolhendo a capacidade do jurista em agir ativamente na resolução das demandas sociais.

4.2 UMA PROPOSTA DE DIÁLOGO ENTRE A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E O ENSINO JURÍDICO

Como foi visto, em contraponto à proposta de educação em direitos humanos exposta, o ensino jurídico tem sido transmitido de forma dissociada da realidade social que cerca o indivíduo. Contudo, esse ensino do Direito de forma isolada do contexto social não consegue emancipar o jurista na sociedade e tampouco auxilia na afirmação, compreensão e defesa dos direitos humanos, o que acaba perpetuando a invisibilidade de alguns atores sociais.

Em que pese a existência de uma disciplina específica de Direitos Humanos na grade curricular de vários cursos de Direito no país, a forma como esse conteúdo é abordado em sala de aula nem sempre se coaduna com os objetivos propostos por uma genuína educação em direitos humanos, uma vez que se limita a proporcionar aos acadêmicos meramente o contato com as disposições legais sobre a temática.

Deste modo, neste tópico propõe-se a realização de um diálogo entre as duas formas de ensino, objetivando identificar alguns limites e possibilidades de uma abertura do ensino jurídico por meio da educação em direitos humanos.

Nessa perspectiva, sugere-se que o ensino jurídico tenha como uma de suas bases a dialética com a realidade em que ele será aplicado, ou seja, que a formação do conhecimento em direito não perca de vista os problemas a serem en-

frentados na concretização dos institutos e das legislações estudadas dentro de sala de aula. O ensino jurídico não se limitaria ao seu aspecto meramente formal, mas também buscaria sensibilizar, tocar, atrair, fomentar, descortinar horizontes e estimular o pensamento (BITTAR, 2007, p. 324).

Abre-se, então, a possibilidade de uma nova forma de repensar o ensino jurídico, com vistas a conscientizar e humanizar o educando:

O agir no mundo, segundo esta consciência do educando formado para pensar em agir sem o outro, apesar do outro, sobre o outro, deve ser substituída por uma consciência de que agir no mundo é sobretudo interagir com o outro, a partir da consideração do outro (BOUFLEUER, 2001, p. 26). A condição dialogal da educação é um pressuposto para que o outro seja visto já em sala de aula, já nas práticas educativas, já na inserção do estudo aplicado, já nas formas pelas quais as dinâmicas pedagógicas privilegiem a interação e o diálogo voltados para o entendimento. A razão comunicativa é pressuposto para uma lógica diversa daquela que se cultiva e se pratica no conjunto das atividades formativas e preparatórias do indivíduo, seja para a vida, seja para o mercado de trabalho, seja para o exercício de uma profissão, seja para a compreensão do mundo (BITTAR, 2007, p. 327).

Portanto, nessa nova forma de pensar o ensino jurídico busca-se pousar os olhos sobre o Outro, ou seja, os sujeitos que são invisibilizados pela própria normatividade, identificando os limites dos institutos jurídicos. Para isso, a tarefa metodológica do Direito passa a ser a realização do diálogo com a realidade e com outros campos do conhecimento, realizando-se “uma leitura do fenômeno jurídico enquanto uma expressão cultural de ideias, práticas normativas e instituições que necessitam transcender a mera reinterpretação de fontes passadas”, de modo que o “campo jurídico não pode ser tido como um sistema fechado ou uma ciência que se baseie, meramente, na análise normativa” (KOSOP; SOUZA-LIMA, 2017, p. 08).

Assim, por meio da ampliação do que se entende por campo jurídico, amplia-se também a visão individualizada do jurista para uma nova, a coletiva, na qual ele se reconhece como um membro ativo e responsável pela sociedade em que vive, comprometido com a busca por espaços sociais de emancipação dos indivíduos subalternizados.

Logo, é imprescindível “convocar os educadores e docentes do ensino jurídico a uma rebelião contra o pensamento compartimentado, fragmentário, unilateral”, sendo necessário “desincentivar o modelo de ensino pouco-provocativo ou negador da intersubjetividade dialogal” e “propugnar a formação humana integral, como retomada da consciência da prática de uma razão emancipatória” (BITTAR, 2007, p. 332).

Então, a construção do ensino jurídico, dentro de uma concepção de educar em direitos humanos, deve transitar pelas margens do conhecimento jurídico. Nesse sentido, na década de 1980, Rodrigues já havia denunciado os limites do ensino jurídico no Brasil, mas igualmente anunciado outras possibilidades de concebê-lo, à luz de discursos marginalizados:

Uma práxis transformadora só pode se dar a partir de um novo imaginário que projete utopias como metas a serem atingidas. Mas o novo não se constrói a partir do instituído, talvez a única saída para recuperarmos o Direito e seu ensino como forma de libertação, colocando-os a serviço de toda a sociedade, da Democracia e da Justiça Social, esteja na construção de discursos marginais (RODRIGUES, 1987, p. 07).

Portanto, o diálogo aqui realizado resulta na constatação da necessidade da construção de discursos a partir das margens, ou seja, que partem de uma perspectiva epistemológica diversa daquela dominante dentro do ensino jurídico que exclui a diferença.

Logo, a educação jurídica emancipadora não possui como base unicamente os locais centrais de enunciação do conhecimento, mas constitui-se pela pluralidade proporcionada pelo diálogo entre as diferentes formas de conhecer, aprender, estabelecer e viver o Direito. Ela transita pelas periferias do saber, alcançando as diferentes formas de Direito que são experienciadas na realidade social, bem como os sujeitos invisibilizados pelos discursos hegemônicos do conhecimento jurídico.

O diálogo entre os dois conceitos resulta, portanto, em um ensino jurídico que tenha por fim a formação de um jurista crítico, consciente das potencialidades, mas igualmente dos limites do Direito positivado e comprometido com a abertura de espaços sociais emancipatórios. Enfim, uma forma de ensinar o Direito em que ele é compreendido como ferramenta transformadora da realidade social, a qual urge por transformações inclusivas.

CONCLUSÃO

Educar em direitos humanos é ensinar com vistas à promoção, afirmação e garantia dos direitos inerentes à condição humana, bem como dotar de autonomia o sujeito para a sua emancipação no contexto social em que ele vive. Contudo, no ensino jurídico atual, o que se vê é predominância da mera transmissão de conhecimentos dissociados da realidade social que cerca o operador do direito, ou seja, a formação meramente técnica do acadêmico.

Apesar da existência da disciplina de Direitos Humanos na grade curricular de vários cursos de Direito no país, não se verifica a formação de um bacharel

consciente da verdadeira importância da promoção e respeito a essas garantias. O acadêmico acaba por compreender a referida disciplina de modo isolado e distante das demais, sem trazer os seus fundamentais ensinamentos para a prática forense, de modo que a transmissão desse conhecimento acaba por não resultar nas transformações sociais que o Brasil tanto necessita.

Como visto, diante das problemáticas sociais enfrentadas pelo país, em especial o diário e costumeiro desrespeito às garantias mínimas de direitos humanos, faz-se necessária a alteração dessa concepção de ensino sem vistas à solução de demandas sociais. A partir dessas constatações, foi realizado um diálogo entre o ensino jurídico e o conceito de educação em Direitos Humanos.

Como resultado, propõe-se, então, um ensino jurídico preocupado em promover, conscientizar e proteger os direitos humanos, que aqui são compreendidos para além do discurso universal, alcançando os sujeitos invisibilizados pela normatividade. Para que tais objetivos sejam concretizados é indispensável a reformulação do modo de se pensar e estudar o Direito no país, o qual deve passar a ser compreendido de modo amplo e interligado com a realidade social que o cerca, sendo necessário abandonar a concepção unidisciplinar e fragmentada da ciência do direito, que exclui do seu estudo todo discurso que diverge daquele pretensamente universal.

Um ensino jurídico que pretende ser pautado na concepção de educar em direitos humanos deve ter como um de seus objetivos a formação cidadã do indivíduo, atribuindo-lhe a responsabilidade de promover e proteger os direitos e garantias reconhecidos em uma sociedade democrática, a qual é constituída pela pluralidade de formas de existir, viver e experimentar o direito. Deve-se buscar a superação de um único modelo de ensino do direito, para contemplar também a formação humanística, robusta, subjetivamente profunda, consciente e ativa do aluno.

Portanto, para que o ensino jurídico possa atender aos anseios sociais e auxiliar na concretização dos direitos humanos, ele deve dialogar com a realidade social que cerca o indivíduo, com outras disciplinas e com os discursos periféricos de Direito.

Por meio da compreensão da educação em direitos humanos e do ensino jurídico, revelou-se necessário buscar práticas educativas que visem dar maior efetividade aos direitos humanos, enaltecendo os saberes que são marginalizados pela formação meramente técnica.

REFERÊNCIAS

BENEVIDES, Maria Victoria. Educação em direitos humanos: de que se trata? In: LEITE, Raquel Lazzari (Org.). *Formação de educadores: desafios e perspectivas*. São Paulo, SP: UNESP, 2003, p. 309-318.

BITTAR, Eduardo C. B. Educação e metodologia para os direitos humanos: cultura democrática, autonomia e ensino jurídico. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy, et al. *Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. João Pessoa, PA: Editora Universitária, 2007, p. 313-334.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 14 jan. 2018.

BRASIL, Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Resolução nº 1, de 30 de Maio de 2012. Estabelece Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, DF, 31 de maio de 2012. Seção 1, p. 48. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rcp001_12.pdf> Acesso em: 14 jan. 2018.

COLAÇO, Thais Luzia. *Novas perspectivas para a antropologia jurídica na América Latina: o direito e o pensamento decolonial*. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2012. (Pensando o Direito no Século XXI)

DIAS, Adelaide Alves. Da educação como direito humano aos direitos humanos como princípio educativo. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy, et al. *Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. João Pessoa, PA: Editora Universitária, 2007, p. 441-456.

FURTADO, Rosyane Silveira da Mata. *Ensino jurídico e direitos humanos: itinerários para formação de uma dimensão axiológica, humanista e inclusiva*. 2012. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, MG, 2012.

GRIJO, Abigail Denise Bisol; SANTOS, Débora de Oliveira. A cidadania e a democracia na esfera da educação em direitos humanos. In: V Congresso Nacional da Fepodi, 2017, Campo Grande, MS. *Anais...* Florianópolis: FEPODI, 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/696vp84u/bloco-unico/mFU3014eSX5308t3.pdf>> Acesso em: 10 de fev. 2018.

KOSOP, Roberto José Covaia; SOUZA-LIMA, José Edmilson de. Sustentabilidade e decolonialidade: bases fundantes de um estado plurinacional. *Revista Direito UFMS*, Campo Grande, v. 3, n. 2, p. 195-215, jul-dez, 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. O professor que fala com as paredes e uma outra visão do direito. *Consultor Jurídico (ConJur)*, 22 de agosto de 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-22/diario-classe-professor-paredes-outra-visao-direito>> Acesso em: 10 fev. 2018.

PATRIOTA, Elizabete Bezerra. Desenvolvimento humano e educação: os tropeços de uma relação nem sempre discutida. In: XXVI Congresso Nacional do Conpedi, 2017, São Luís, MA. *Anais...* Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/9h4q89rm/175763oTy1Zjne6l.pdf>> Acesso em: 10 de fev. 2018.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *O ensino jurídico no Brasil contemporâneo: análise e perspectivas a partir da proposta alternativa de Roberto Lyra Filho*. 1987. 193 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas – Especialidade Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 1987.

TAVARES, Celma. Educar em direitos humanos, o desafio da formação dos educadores numa perspectiva interdisciplinar. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy, et al. *Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. João Pessoa, PA: Editora Universitária, 2007, p. 487-503.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciela. O ensino jurídico brasileiro e a formação do “medalhão” machadiano: em busca de alternativas à luz da profanação agambeniana e da carnavalização waratiana. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 11, n. 1, 2016.

A PATOLOGIZAÇÃO DA IDENTIDADE “TRANS”: UMA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE PATOLOGIZATION OF “TRANS” IDENTITY: A VIOLATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Valmir César Pozzetti

Mestre em Direito do Urbanismo e Meio Ambiente e Doutor em Biodireito, ambos pela Université de Limoges/França, título revalidado pela UFPE. Professor Adjunto na Universidade do Estado do Amazonas (mestrado em direito ambiental) e Professor Adjunto na Universidade Federal do Amazonas (mestrado e doutorado em ciências ambientais).

Nicolle Patrice Pereira Rocha

Bacharelada em Direito pela UEA - Universidade do Estado do Amazonas; pesquisador PIBIC - CNPQ.

Submetido em: 24/06/2018

Aprovado em: 17/12/2018

Resumo: No Brasil, apesar da Constituição Federal de 1988 garantir igualdade de todos perante a lei e dignidade aos seus cidadãos, as minorias sempre foram alvo de graves violações aos direitos humanos, com casos explícitos de discriminação, violência psicológica e física, e assassinatos. A comunidade LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros) é sempre destaque em casos como esses. O objetivo desta pesquisa é apontar como o estigma de “doentes” não ajudam os indivíduos de identidade *trans* a frear os preconceitos que sofrem, contribuem para uma maior rejeição da população em geral, sem conhecimento do assunto, e excluem eles de oportunidades de uma vida digna, com direitos como a educação e, consequentemente, ao pleno acesso ao mercado de trabalho formal. A metodologia utilizada nesta pesquisa foi a do método dedutivo. Quanto aos fins a pesquisa é qualitativa, com alguns dados quantitativos. E quanto aos meios, a pesquisa é bibliográfica, com consulta à legislação, doutrina e jurisprudência. Conclui-se que é necessária a despatologização para retirar tal estigma e fazer com que os indivíduos com identidade *trans* tenham direitos garantidos, sem preconceito, maior visibilidade e representatividade nas questões sociais.

Palavras-chave: transgêneros; direitos humanos; despatologização.

Abstract: In Brazil, despite the 1988 Federal Constitution guaranteeing equality of all before the law and dignity of its citizens, minorities have always been subjected to serious violations of human rights, with explicit cases of discrimination, psychological and physical violence, and murders. The LGBT community (Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender) is always prominent in such cases. The aim of this research is to point out how the stigma of “patients” does not help individuals with *trans*

identity to curb the prejudices they suffer, contribute to greater rejection of the general population without knowledge of the subject, and exclude them from opportunities for a lifetime dignity, with rights such as education and, consequently, full access to the formal labor market. The methodology used in this research was the deductive method. As for the purposes the research is qualitative, with some quantitative data. And as for the means, the research is bibliographical, with consultation to the legislation, doctrine and jurisprudence. It is concluded that depathologization is necessary to remove such stigma and to make individuals with trans identity have guaranteed rights, without prejudice, greater visibility and representativeness in social issues.

Keywords: *transgender; human rights; depathologization.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Identidade Trans. 3. Direito à diversidade e à saúde. 4. Patologização da transexualidade. 5. Atendimento gratuito pelo SUS. 6. Identidade de gênero e dignidade. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os conceitos de identidade de gênero e questões relativas à sexualidade humana são matérias instigantes e que necessitam da atenção de todas as pessoas, uma vez que a desinformação gera preconceito e exclusão. Por conta de já ter sido considerado tabu, este tema ainda é tímido nas pautas de discussões, mas é extremamente necessário para a formação de concepções sobre gênero e educação.

Os transgêneros são pessoas marginalizadas na sociedade, vistos como patológicos e alvo de graves violações aos direitos humanos. Por ser uma sociedade heterossexista, a sociedade brasileira costuma fechar os olhos para as questões de gênero e, assim, continuar na obscuridade. Dessa forma, a despatologização da identidade *trans* se faz necessária.

O objetivo dessa pesquisa é, então, discorrer sobre a patologização da identidade *trans* e evidenciar as violações que essas pessoas sofrem, em seus direitos fundamentais. Dessa forma, a problemática que envolve essa pesquisa é: de que forma se poderá diminuir os preconceitos contra os transexuais e garantindo-lhes a liberdade sexual, modificando o conceito de patologia instituído pelo SUS – Sistema Único de Saúde - garantindo aos transexuais o direito de expressar livremente sua sexualidade e garantindo-lhes atendimento gratuito, sem o estigma da patologização?

Esta pesquisa se justifica pelos altos índices de assassinatos letais intencionais que os transexuais e as travestis estão expostos, pelo fato de quererem usufruir dos seus direitos constitucionais à liberdade e ao atendimento médico e, assim, assumirem seu modo de ser, seja dentro ou fora do padrão imposto pela maioria.

A metodologia a ser utilizada nessa pesquisa será a do método dedutivo, com bases em raciocínios lógicos e racionais. Quanto aos meios empregados, será utilizada a pesquisa bibliográfica, com uso da legislação, doutrina e jurisprudência acerca do tema. Quanto aos fins a pesquisa será qualitativa, contendo alguns dados quantitativos, para melhor elucidar os fatos.

2 IDENTIDADE TRANS

As relações entre gênero e sexualidade são interligadas, mas não raramente são confundidas pelo senso comum.

Segundo Rocha e Pozzetti (2016, p. 3):

Para a biologia, o que determina o sexo de um ser humano são seus órgãos reprodutores. Entretanto, isso não define o comportamento masculino ou feminino de alguém. O sexo é um critério biológico, enquanto o gênero é um critério social. O primeiro refere-se às células reprodutivas de alguém, enquanto que o segundo refere-se à forma de expressão social da pessoa.

A orientação sexual de um indivíduo revela por quem ele tem interesse afetivo, sexual. Se o interesse for uma pessoa do mesmo sexo biológico, então ele é homossexual, e se o interesse for por pessoa do sexo oposto, ele é heterossexual. Já a questão da identidade de gênero é um pouco mais complexa.

Se uma pessoa se identifica com o sexo biológico que nasceu, é um indivíduo cisgênero. Entretanto, se esse indivíduo não tem a sua auto-percepção de acordo com esse sexo, então ele vai além do seu gênero, é uma pessoa transgênero. Dessa forma, esses indivíduos são chamados de transexuais e as travestis.

Os transexuais são comumente apontados como os que realizam a cirurgia de transgenitalização (mudança de sexo), e as travestis são as pessoas que somente se travestem como as pessoas do sexo oposto, não chegando, portanto, a realizar a citada cirurgia. Eles estão incluídos na minoria LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros), sendo alvos de preconceitos e vítimas constantes da homo-lesbo-transfobia.

A sociedade brasileira é destaque negativo com relação às pessoas *trans*, visto que o Brasil é o líder no *ranking* mundial de assassinatos de pessoas transgêneros, de acordo com a Organização Internacional *Transgender Europe*. E ainda, segundo o mapa dos assassinatos elaborado pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA – (2018, p.p), em 2017 foram 179 assassinatos de pessoas *trans*, sendo esses dados subnotificados, ou seja, nem todos os casos foram registrados, o que demonstra que a realidade brasileira é bem pior.

3 DIREITO À DIVERSIDADE E À SAÚDE

Como pode um país extremamente diversificado cultural e socialmente ser tão intolerante com os diferentes? As pessoas que fogem à regra são vistas como “ameaça” a uma sociedade machista e “politicamente correta” como a sociedade brasileira.

A Constituição Federal de 1988, lei maior do nosso país, que é conhecida por ser uma “Constituição Cidadã” justamente pelas garantias individuais terem sido valorizadas, garante a todos a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo vedada, portanto, a distinção por motivos de identidade de gênero e orientação sexual: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

Entretanto, os brasileiros não obedecem a tal preceito constitucional e acabam formando conceitos pré-concebidos do que é ser transgênero. O resultado dessa conduta é a não aceitação e o descaso com essas minorias, que são marginalizadas e vistas como doentes, perante a sociedade.

Isso é consequência de uma cultura preconceituosa a que os brasileiros foram educados a seguir, durante anos. Entretanto, a diversidade existe, e deve-se garantir que ela seja preservada e respeitada por todos. O direito de expressão e a liberdade de expor as suas concepções termina quando atinge a esfera de dignidade do outro indivíduo. Há limites que devem ser seguidos com seriedade. Mas quando o assunto é minorias, logo são taxados como “vitimismo” e por vezes ridicularizados.

A Constituição Federal de 1988 - CF/88 garante a todos também o direito à saúde, em seu art. 6º, dentre outros direitos sociais. Ou seja, o Estado brasileiro deve garantir aos seus cidadãos os direitos básicos como educação, moradia, transporte, saúde, dentre outros. Entretanto, vê-se o oposto, pois o Estado não está conseguindo garantir o direito à liberdade, à integridade física e à saúde às pessoas *trans*.

Há despreparo por parte das autoridades competentes com relação à saúde e integridade física das pessoas *trans*, frequentemente alvo de agressões e assassinatos, mesmo com a Política Nacional de Saúde Integral de LGBT, que visa a proteger exclusivamente essa população, reconhecendo assim a sua fragilidade e necessidade de maior prestação da tutela estatal.

No campo Legislativo, não há avanços significativos, uma vez que a homofobia e a transfobia ainda não estão tipificadas como crimes, pois algumas bancadas do Congresso Nacional insistem em barrar propostas relativas sobre o tema.

No âmbito do Poder Judiciário, há algumas relevantes conquistas, como, por exemplo, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em permitir a mudança do nome social (nome escolhido pelos *trans* de acordo com o gênero ao qual se identificam) diretamente nos cartórios, sem a necessidade de cirurgia ou mesmo de decisão judicial.

No mesmo sentido, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) autorizou os transexuais a se candidatarem nas cotas do gênero no qual eles se identificam nas próximas eleições, utilizando ainda o seu nome social. A decisão foi uma resposta a uma consulta feita pela senadora Fátima Bezerra (PT-RN). No voto, o ministro relator Tarcísio Vieira destacou a importância das medidas que respeitem as diversidades, o pluralismo e a individualidade de cada um.

Assim, vê-se que o Poder Judiciário, aos poucos, vai se adaptando e vai contribuindo, através do ativismo judicial, para dar maior visibilidade a estes indivíduos, contribuindo para eles terem maior representatividade nos espaços públicos de relevância, assegurando-lhes dignidade.

4 PATOLOGIZAÇÃO DA TRANSEXUALIDADE

A Organização Mundial da Saúde - OMS classifica a transexualidade com uma patologia, na Classificação Internacional de Doenças - CID. Isso significa que, aos olhos da medicina e psiquiatria, os transgêneros são considerados doentes. Importante levar em conta que a homossexualidade também já foi considerada doença pela OMS, que a retirou desse rol em 1990.

Essa exclusão do termo “homossexualidade” do rol de doenças foi importante no sentido de não mais buscarem a “cura” para isso, e sim, aceitarem as diversidades sexuais, pelo menos na teoria.

Na prática, até hoje, ainda são olhados de forma estranha, como se doentes fossem. Dessa forma, no Brasil, o Conselho Federal de Psicologia não mais permitiu que tratassem a homossexualidade como doença, apesar de, recentemente, ter havido uma decisão judicial no sentido de permitir esse tratamento, dando margem para que continuem sendo vistos como enfermos, que precisam de tratamento.

Com relação à transexualidade, no plano internacional estão sendo feitos estudos para, também, a sua retirada do rol de patologias da OMS. No Brasil, inclusive, os psicólogos já foram proibidos pelo Conselho Federal de Psicologia de realizar esse tipo de atendimento aos transgêneros, pela Resolução nº 01/18, que assim dispõe:

Art. 7º - As psicólogas e os psicólogos, no exercício profissional, não exercerão qualquer ação que favoreça a **patologização das pessoas transexuais e travestis**. (gn)

Parágrafo único: As psicólogas e os psicólogos, na sua prática profissional, reconhecerão e legitimarão a autodeterminação das pessoas transexuais e travestis em relação às suas **identidades de gênero**.

Art. 8º - **É vedado às psicólogas e aos psicólogos, na sua prática profissional, propor, realizar ou colaborar, sob uma perspectiva patologizante**, com eventos ou serviços privados, públicos, institucionais, comunitários ou promocionais que visem a terapias de conversão, reversão, readequação ou reorientação de identidade de gênero das pessoas transexuais e travestis. (gn)

A Resolução nº 01/18 veio retirar esse estigma social de “anormais” que eles carregam consigo o tempo todo, mas a retirada da CID pela OMS vai reforçar ainda mais esse novo *status*. É muito difícil para um *trans* ter sua dignidade respeitada no Brasil, uma vez que os brasileiros têm dificuldades para aceitar as diferenças e, por vezes, menosprezam as pessoas com menos acesso a direitos.

O primeiro empecilho para a conquista dos direitos, geralmente, é a própria família, que não concorda e não aceita essa condição, sendo que ela é o maior suporte que todo o ser humano tem, é simplesmente a base de tudo. Depois nos deparamos com os ambientes sociais diversos: igrejas, clubes desportivos e escolas. A escola, inclusive, é um dos principais espaços de aprendizagem e conhecimento, onde o jovem busca respostas para os seus questionamentos e onde se firma seu caráter e personalidade.

É também nas escolas que se aprendem valores como disciplina, camaraderagem, respeito ao próximo e outros assuntos de igual relevância. Entretanto, algumas medidas tentam cercear o pleno aprendizado sobre a vida humana e os aspectos que a envolvem, tal como as diversas leis municipais pelo Brasil que proibiram a discussão de gêneros nas escolas. Neste sentido, o município de Manaus editou a Lei nº 439 de 03 de março de 2017, que assim dispôs:

Art. 1º - **Fica proibida** a inserção, na grade curricular das escolas do município de Manaus, a orientação política pedagógica aplicada à implantação e ao desenvolvimento de atividades pedagógicas que visem à reprodução do **conceito de ideologia de gênero**.

Art. 2º - Considera-se, para efeito desta lei, **como ideologia de gênero a ideologia segundo a qual os dois sexos, masculino e feminino, são construções culturais e sociais**. (gn)

Assim, através da Lei nº 439/2017, verifica-se a tentativa de cerceamento da aprendizagem acerca dos conceitos de gêneros e respeito às diversidades. Sendo assim, como se quer frear os índices de mortalidades letais intencionais contra essas minorias se não é possível que os estudantes aprendam nas escolas os conceitos corretos?

É importante salientar que essas atitudes egoístas e desumanas não vão fazer com que a sexualidade desapareça da experiência da vida humana, mas, ao contrário, só vai contribuir para uma má interpretação dos conceitos e, assim, continuar com os altos índices de crueldade por todo o país.

5 ATENDIMENTO GRATUITO PELO SUS

O Sistema Único de Saúde – SUS - deve atuar na promoção da saúde de todos os que o buscam, na prevenção de ocorrências de agravo e na reabilitação dos doentes. A rede que compõe o SUS abrange serviços de urgência e emergência, atenção hospitalar, assistência farmacêutica e outros aspectos médicos.

Através da Portaria nº 2.803/2013, o Ministério da Saúde garantiu o acesso gratuito no processo transexualizador pelo SUS, e a Resolução nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina dispõe sobre as normas para a realização da cirurgia.

Segundo a Portaria nº 2.803/13, é necessário que o paciente comprove ter um “desvio psicológico permanente de identidade sexual”, com a permanência desses “distúrbios” por dois anos, no mínimo, e ainda a ausência de transtornos mentais. No pré-operatório de um ano o indivíduo, com no mínimo 21 anos de idade, deve ainda passar por uma série de médicos especializados: psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social – para obter assim um diagnóstico médico de transgenitalismo.

Vê-se que o status de patológico é condição *sine qua non* para se ter direito à cirurgia. Além disso, há também o tempo de espera na fila do SUS, que não é célere. Então, não sendo eles doentes, e com a esperada retirada da CID, como a população *trans* vai ter garantido o acesso à cirurgia de redesignação sexual? Assim, é necessário que legislador brasileiro garanta meios eficazes para a realização desse procedimento, visto que a operação em redes privadas de saúde tem um custo muito alto e as pessoas de baixa renda não podem ficar desamparadas.

6 IDENTIDADE DE GÊNERO E DIGNIDADE

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana está previsto na CF/88:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - **a dignidade da pessoa humana;**

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. (gn)

É resultado da afirmação dos direitos fundamentais e objetiva proteger o cidadão, para que ele viva com dignidade e respeito, voltado não somente para si mesmo, mas para as outras pessoas ao seu redor.

É por isso que os direitos fundamentais e os direitos humanos são tão importantes nas questões sociais e nas questões de identidade de gênero. A questão do respeito ao próximo deve ser sempre estimulada. Muitos avanços já foram conseguidos, mas é preciso mais.

No âmbito internacional, além da Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH, há também os Princípios de Yogyakarta, o qual o Brasil é signatário, voltados especificamente às questões de orientação sexual e identidade de gênero, na busca de maior efetividade desses direitos, onde afirma-se que as pessoas nascem livres e iguais em dignidades e prerrogativas e poderão usufruir de seus direitos, natos e preciosos.

Neste sentido, a DUDH estabelece o princípio nº 3, que garante o direito ao reconhecimento perante a lei, assim disposto:

Princípio nº 3 [...] A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. [...] Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.

São também garantidos, dentro desses princípios, outros direitos humanos e fundamentais como o direito à igualdade e não discriminação, à vida, à segurança pessoal, à privacidade, à educação e outros. O objetivo é ajudar os países signatários em suas ações na busca por melhorias dos cidadãos que não se encaixam nos padrões de gênero e orientação sexual.

Conforme esclarecem Pozzetti e Rocha (2017, p. 1480) “é sabido que a realidade brasileira, na prática, não é nem um pouco parecida com tais princípios citados. A expectativa de vida dos transgêneros é de 35 anos de idade, enquanto a de um brasileiro cisgênero é de 70 anos, segundo dados do Senado Federal”. Com relação a oportunidades de trabalho, a realidade não é muito diferente. Há uma grande evasão escolar, por conta das pressões psicológicas e agressões.

O Mapa dos Assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil, em 2017, elaborado pela ANTRA, destaca que a estimativa ainda é que 90% das travestis ainda estejam na prostituição, devido à dificuldade de acesso ao mercado de trabalho e a falta de qualificação causada pela exclusão familiar, social e escolar. Ainda de acordo com o mapa, 70% dos assassinatos ocorreram com as profissionais do sexo, sendo que 55% destes ocorreram nas ruas. Como se vê, nesse meio a violência é ainda maior e sem proteção alguma por parte do Estado.

Foram verificados que até existem alguns projetos sociais que visam à inclusão dos indivíduos *trans* no mercado de trabalho, como o “Projeto Damas” no Rio de Janeiro, que qualifica e encaixa os trans nos mercados de trabalhos regionais, mas é preciso mais. Segundo Pozzetti e Rocha (2017, p. 1492):

O direito a trabalhar, sem riscos, é um Direito Humano que precisa ser garantido não só aos heterossexuais, que estão no “padrão certo” imposto pela sociedade, mas também deve ser garantido às pessoas LGBT. Não é apenas ter emprego, mas ter mecanismos que assegurem a sua segurança e estabilidade no ambiente de trabalho, sem assédios, sem discriminação.

Vê-se, portanto, que, embora haja tipificação legal e legislação que assegure dignidade à identidade de gênero, ainda estamos engatinhando no sentido de garantirmos dignidade às pessoas que não se identificam com o seu sexo biológico, sendo necessário, ainda, muitos esforços, no âmbito da educação, para mudar a conjuntura preconceituosa que se impôs aos brasileiros ao longo de séculos.

CONCLUSÃO

A problemática que envolveu essa pesquisa foi a de se estabelecer de que forma o legislador poderia assegurar dignidade humana aos indivíduos de identidade *trans*, permitindo-lhes acesso à saúde, sem que a identidade *trans* mantivesse o *status* de “doença” pelo SUS.

Os objetivos da pesquisa foram cumpridos na medida em que se verificou a legislação constitucional e infra constitucional, bem como os tratados internacionais para se verificar de que forma a legislação existente poderia auxiliar na despatologização da identidade *trans*.

Verificou-se que os transgêneros passam por uma série de dificuldades ao longo de suas vidas: discriminação, preconceito, violência e homicídios. Neste sentido, verificou-se que o Brasil vive uma dicotomia com relação as suas questões sociais: é um país rico culturalmente, miscigenado e diversificado; em contraposição, é extremamente segregador de todas as suas minorias, com alto nível de preconceito. Infelizmente, isso está enraizado na cultura brasileira há muito tempo.

Concluiu-se que a despatologização da identidade *trans* é um processo urgente e necessário para dar dignidade a esses indivíduos.

Muito lentamente, o país caminha na direção de eliminar o preconceito, mesmo que por ação legislativa. Apesar dos índices de violência aos indivíduos de identidade *trans*, vê-se que o Judiciário, aqui e ali, realiza esforços para garantir-lhes dignidade. Espera-se que com as recentes decisões do STF com relação à mudança do nome social diretamente em cartório e a decisão do TSE de os indivíduos *trans* entrarem, já nessas eleições, nas cotas de seus gêneros, possa fortalecer a representatividade desse grupo e, assim, conferir maior visibilidade às questões dessa natureza.

Conclui-se, também, que é necessário incentivar essas pessoas a alcançarem espaços de destaques, para que sirvam de exemplo de superação para os demais, através da educação, para que sejam firmes e não abandonem as escolas e universidades, estimulando-lhes o sucesso profissional, uma vez que esse fator traz respeitabilidade e segurança.

REFERÊNCIAS

ANTRA. *Mapa dos assassinatos de travestis e transexuais no Brasil em 2017*. Disponível em: <<https://antrabrasil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>>. Acesso em: 20/05/2018.

BORTONI, Larissa. *Expectativa de vida de transexuais é de 35 anos, metade da média nacional*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional>>. Acesso em 18/05/2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do*. Congresso Nacional, Brasília, 1998.

BRASIL. Conselho Federal de Psicologia. Resolução nº 001/99, de 22 de março de 1999. *Estabelece normas de atuação para psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual*. Brasília, 1999.

BRASIL. Conselho Federal de Psicologia. Resolução nº 01, de 29 de janeiro de 2018. *Estabelece normas de atuação para as psicólogas e os psicólogos em relação às pessoas transexuais e travestis*. Brasília, 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. TSE aprova o uso do nome social de candidatas na urna. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Marco/tse-aprova-uso-do-nome-social-de-candidatos-na-urna>>. Acesso em 21/05/2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais*. Brasília: 1 ed. – Ministério da Saúde, 2013.

BRASIL. Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013. *Redefine e amplia o Processo Transsexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS)*. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/sau/legis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html>. Acesso em 02/05/2018.

CFM. Resolução nº 1.955/2010. *Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1652/2002*. Brasília, 2010.

GUIMARÃES, Victoria. *Projeto Damas, identidade e cidadania*. Disponível em: <<https://www.cieds.org.br/noticias/detalhe/1009/projeto-damas-identidade-e-cidadania>>. Acesso em 21/03/2018.

MANAUS. Lei nº 439, de 03 de março de 2017. *Proíbe, na grade curricular das escolas do municípios de Manaus, as atividades pedagógicas que visem a reprodução do conceito de ideologia de gênero*. Manaus, 2017.

ONU. *Você sabe o que é identidade de gênero?* Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/voce-sabe-o-que-e-identidade-de-genero/>>. Acesso em 23/03/2018.

POMPEU, Ana. *STF autoriza pessoas trans a mudar nome mesmo sem cirurgia ou decisão judicial*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-01/stf-autoriza-trans-mudar-nome-cirurgia-ou-decisao-judicial>>. Acesso em: 02/03/2018.

POZZETTI, V. C., ROCHA, N. P. P. A inserção dos transgêneros no meio ambiente de trabalho: um desafio ao preconceito. *Anais do V Congresso Nacional da FEPODI*, 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/696vp84u/bloco-unico/56pn6JvW-tPi1800x.pdf>>. Acesso em 21/02/2018.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. *Princípios sobre a aplicação da legislação internacional dos direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em 20/03/2018.

ROCHA, Nicolle Patrice Pereira; POZZETTI, Valmir César. O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO DOS TRANSGÊNEROS. *Anais do SICASA e ANPPAS Amazônia. Anais. Manaus (AM) UFAM/ANPPAS*, 2016. Disponível em: <<https://www.even3.com.br/anais/IVSICASA/33467-O-MEIO-AMBIENTE-DO-TRABALHO-DOS-TRANSGENEROS>>. Acesso em: 24/06/2018.

TGEU. *Transgender Day of Visibility 2016 – Trans murder monitoring update*. Disponível em: <<http://tgeu.org/transgender-day-of-visibility-2016-trans-murder-monitoring-update/>> Acesso em 04/03/2018.

A COMPENSAÇÃO EXIGIDA PARA ASSEGURAR A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NAS ALTERAÇÕES OU SUPRESSÕES DE DIREITOS SOCIAIS

THE COMPENSATION REQUIRED TO ENSURE THE EFFECTIVENESS OF THE PRINCIPLE OF PROHIBITION OF SOCIAL RETROGRESSION IN THE AMENDMENTS OR DELETIONS OF SOCIAL RIGHTS

Almir Santos Reis Junior

Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Possui mestrado em Direitos da Personalidade na Tutela Jurídica, pelo Centro Universitário de Maringá. Docente da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, campus de Maringá e da Universidade Estadual de Maringá. Advogado.

Nelson Fugita Junior

Mestrando em Direito na área de Direito Socioambiental e Sustentabilidade do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Câmpus Maringá).

Submetido em: 15/03/2018

Aprovado em: 03/11/2018

Resumo: Este artigo envolve uma pesquisa teórica que tem por objeto a análise do princípio de proibição de retrocesso social, por meio da reflexão sobre a compensação exigida por esse princípio no intuito de saber se a supressão ou alteração de um direito fundamental social, desde que devidamente justificada, pode ser compensada em outro direito social ou se deve ocorrer no mesmo direito objeto de alteração ou supressão. Além disso, antes dessa questão faz-se necessário discorrer sobre a jusfundamentalidade dos direitos sociais e a sua multifuncionalidade. Diversos dispositivos legais e várias lições de juristas foram utilizadas para chegar a conclusão de que a compensação de um direito fundamental social em sentido estrito objeto de alteração ou supressão deve ocorrer em relação ao direito fundamental social como um todo, diante da inviabilidade de exigir que haja uma compensação no mesmo direito em sentido estrito.

Palavras-chave: Princípio de proibição de retrocesso social; Compensação; Desenvolvimento; Direitos sociais; Estado.

Abstract: *This article is a theoretical research whose object is the analysis of the principle of prohibition of social retrogression, by means of a reflection on the compensation required by this principle in*

order to know if the suppression or alteration of a fundamental social right, when duly justified, can be compensated in another social right or if it must occur in the same right that is subject to change or deletion. In addition, before tackling the main issue, it is necessary to discuss the fundamental importance of social rights and their multifunctionality. Various legal provisions and various lessons of lawyers have been used to arrive at the conclusion that compensation of a fundamental social right in the strict sense subject to alteration or suppression must take place in relation to the fundamental social right as a whole, in view of the impossibility of requiring a compensation in the same right in the strict sense.

Keywords: *Principle of prohibition of social retrogression; Compensation; Development; Social rights; State.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Jusfundamentalidade dos direitos sociais. 3. Multifuncionalidade dos direitos fundamentais. 4. Princípio de proibição de retrocesso social. 5. A compensação exigida pelo princípio de proibição de retrocesso social. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O princípio de proibição de retrocesso social possui uma grande importância no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que proíbe que direitos sociais já garantidos aos particulares sejam suprimidos ou alterados caso essa ação venha a representar um retrocesso em relação aos direitos sociais já assegurados anteriormente. Contudo, tem-se que o princípio de proibição de retrocesso social não é absoluto, sendo possível a supressão ou alteração de determinados direitos sociais já concretizados em alguns casos.

Entende-se que para admitir uma alteração ou supressão em determinado direito social deve existir uma justificativa apta para isso e também deve ocorrer uma compensação, sendo que o grande problema referente ao assunto está em como deve ser essa compensação.

Dessa forma, tem-se que é de fundamental importância realizar uma análise de como se deve ocorrer essa compensação exigida pelo princípio de proibição de retrocesso social nos casos de supressão ou alteração de direitos sociais já assegurados anteriormente.

Para isso, é necessário demonstrar que os direitos sociais são direitos dotados de fundamentalidade e, portanto, possuem como característica a multifuncionalidade inerente aos direitos fundamentais.

Ainda, também é importante discorrer sobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, pois a ideia de supressão ou alteração de um direito social, muitas vezes, pressupõe a necessidade de entender a questão da sua multifuncionalidade, haja vista que a supressão ou alteração de um direito social na maio-

ria das vezes deve ocorrer em relação ao direito fundamental em sentido estrito e não ao direito fundamental como um todo.

2 JUSFUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais são direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. A discussão a respeito da caracterização dos direitos sociais como sendo ou não jusfundamentais ocorre não apenas no cenário brasileiro, mas também em outros países, como, por exemplo, em Portugal, em que Jorge Reis Novais (2010, p. 31) afirma que uma grande parte da discussão sobre os direitos sociais envolve a discussão sobre a possibilidade de reconhecê-los como sendo direitos fundamentais ou, ao menos, refere-se a necessidade de que exista uma fundamentação especial em relação à sua natureza jusfundamental.

Para Daniel Wunder Hachem (2013, p. 205), no Direito Constitucional brasileiro há uma divergência em relação à jusfundamentalidade dos direitos sociais tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial. No ordenamento jurídico brasileiro, há autores que, negando a completa jusfundamentalidade dos direitos sociais, defendem sua exclusão do regime jurídico previsto aos direitos fundamentais e há outros que advogam que sua aplicação é limitada apenas ao conteúdo que coincide com o mínimo existencial (HACHEM, 2014, p. 70).

Para Luísa Cristina Pinto e Netto (2009, p. 36), são vários os fatores que levam a uma resistência à completa fundamentalidade dos direitos sociais, mas os principais se referem à estrutura e a natureza das normas constitucionais que os consagram, as quais necessitam, para a sua concretização, de uma interposição legislativa. Contudo, para Luísa, negar a completa fundamentalidade dos direitos sociais com fundamento no argumento de que os direitos sociais necessitam de regulamentação infraconstitucional para se concretizarem e possuírem uma dimensão subjetiva para se tornarem aptos a fundamentar as pretensões dos titulares do direito, não faz sentido, pois o conceito de uma norma de direito fundamental não está necessariamente ligado a existência de um direito diretamente justiciável por meio da Constituição Federal. Sendo assim, mesmo que determinado direito não seja justiciável diretamente por meio da Constituição, por lhe faltar uma necessária regulamentação infraconstitucional, ele não perde sua fundamentalidade, haja vista que a lei infraconstitucional servirá, apenas, para concretizar o direito e não para criá-lo (NETTO, 2009, p. 37 e 41).

Não obstante, apesar das divergências existentes, tem-se que o foco será a análise concreta da jusfundamentalidade dos direitos sociais.

De acordo com Robert Alexy (2014, p. 65), há duas formas de se verificar se uma norma é ou não de direito fundamental: uma abstrata e outra concreta.

Quando se pretende analisar se uma norma é de direito fundamental de maneira abstrata significa que a partir dos critérios apresentados por determinado estudo, em qualquer ordenamento jurídico ou em qualquer Constituição, a partir de determinados critérios, a norma será considerada como norma de direito fundamental. Por outro lado, a verificação pode se dar de forma concreta quando a intenção é demonstrar que determinada norma é jusfundamental em determinado ordenamento jurídico ou em determinada Constituição.

Dessa forma, no presente trabalho, a concentração é demonstrar a jusfundamentalidade dos direitos sociais concretamente diante do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que seu foco não é se prender a uma análise mais aprofundada do assunto. Sendo assim, uma análise concreta é suficiente para cumprir os objetivos escolhidos.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal é extremamente clara ao classificar os direitos sociais como jusfundamentais, tendo em vista que os direitos sociais estão previstos expressamente do art. 6º ao art. 11, da Constituição Federal, em seu Capítulo II, o qual, por sua vez, está inserido no Título II denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Sendo assim, diante da própria Constituição Federal expressamente assegurar a jusfundamentalidade dos direitos sociais, não há motivos para maiores discussões a respeito do assunto, ao menos no que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que há outros ordenamentos jurídicos que optaram por não prever expressamente os direitos sociais em suas Constituições. A título de exemplo, tem-se que tanto na Alemanha, quanto nos Estados Unidos e na Espanha as Constituições não consagram expressamente os direitos sociais em seu conteúdo (NOVAIS, 2010, p. 74 e 75). Destarte, nesses ordenamentos jurídicos a discussão em relação à jusfundamentalidade dos direitos sociais pode ser mais produtiva, entretanto, no Brasil, após a Constituição prever expressamente, não há motivos para maiores discussões sobre a jusfundamentalidade dos direitos sociais. Inclusive, Jorge Reis Novais (2010, p. 84) afirma o seu entendimento no sentido de que diante de uma Constituição que “consagra e reconhece inequivocamente os direitos sociais como direitos fundamentais, elencando-os, de resto, de forma muito pormenorizada e desenvolvida, toda a discussão sobre a sua controversa natureza jusfundamental perde grande parte do sentido”.

Em que pese ainda existir um pouco de divergência em relação ao assunto, Caroline Müller Bitencourt (2014, p. 226) ressalta que “a tradição constitucional pós-1988 tem sido de certa forma quase unânime no reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais, especialmente em se considerando a topografia desses direitos com a CF/88”. Portanto, devido aos direitos sociais

estarem contidos no Título II intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, na Constituição Federal brasileira, resta clara a sua jusfundamentalidade por expressa disposição constitucional.

Ainda, é importante destacar que o argumento trazido, no que se refere ao fato de que os direitos sociais expressamente consagrados na Constituição Federal brasileira estão inseridos dentro do Título II, mais especificamente no seu Capítulo II, não quer expor que somente os direitos constantes nos art. 6º ao 11, da Constituição Federal, são direitos sociais, uma vez que as disposições relativas aos direitos sociais não devem ser consideradas como um rol exaustivo (NETTO, 2009, p. 48).

Essa conclusão de que os direitos sociais previstos na Constituição Federal não configuram um rol exaustivo, mas meramente exemplificativo, é possível por meio do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, segundo o qual os direitos constitucionalmente expressos não excluem outros oriundos de princípios ou tratados internacionais.

3 MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Depois de demonstrado que os direitos sociais são direitos fundamentais, antes de adentrar ao tema central do presente estudo que está relacionado ao princípio de proibição de retrocesso social, faz-se necessário expor que, devido a sua jusfundamentalidade, os direitos sociais possuem a multifuncionalidade, característica dos direitos fundamentais.

Inicialmente, para a compreensão do que é a chamada multifuncionalidade dos direitos fundamentais, é necessário conhecer o fato de que eles possuem duas dimensões: uma subjetiva e outra objetiva. De um lado, tem-se que a dimensão subjetiva é a que garante uma multiplicidade de posições jurídicas autônomas ao titular do bem jurídico protegido, ao atribuir situações de vantagem ao titular do direito. Por outro lado, a dimensão objetiva está relacionada aos deveres jurídicos impostos ao Estado devido à norma de direito fundamental existente, sendo que o Estado é o detentor da obrigação de criar condições reais e efetivas de fruição pelos cidadãos do bem jurídico tutelado pela norma, mesmo que não haja qualquer reivindicação por parte do titular do direito (HACHEM, 2013, p. 627).

Nesse sentido, tem-se que “a fusão entre essas duas dimensões (subjetiva e objetiva) das normas garantidoras de direitos fundamentais permite observar a sua multifuncionalidade” (HACHEM, 2013, p. 627-628). Contudo, para entender a questão da multifuncionalidade dos direitos fundamentais não basta somente compreender suas dimensões subjetiva e objetiva, mas, ainda mais importante,

é levar em consideração o conceito de direito fundamental como um todo¹, que nas palavras de Robert Alexy (2014, p. 249) “é um feixe de posições de direitos fundamentais”, ou seja, trata-se de um direito fundamental concedido de forma ampla e que é capaz de gerar ao titular do direito várias posições jurídicas, as quais correspondem às relações jurídicas entre os indivíduos ou entre estes e o Estado e se referem ao direito fundamental em sentido estrito (BERNAL PULIDO, 2007, p. 85).

Jorge Reis Novais (2003, p. 55), ao apostilar a questão da multifuncionalidade, nos termos porpostos por Robert Alexy, afirma que cada posição jurídica decorrente do direito fundamental como um todo também é considerada como um direito fundamental e, dessa forma, exemplifica que o direito à vida é possível de ser considerado como um direito fundamental como um todo, mas se considerarmos apenas uma das posições jurídicas que integram esse direito como um todo, como por exemplo, a garantia de proibição da pena de morte, esta posição jurídica também é um direito fundamental.

Dessa forma, pode-se concluir que a multifuncionalidade dos direitos fundamentais se dá pelo fato de que uma norma de direito fundamental pode conter diversas funções (MARINONI, 2004) e cada função derivada do direito fundamental como um todo é capaz de investir o titular do direito em uma posição jurídica diferente referente à pretensão que o cidadão esteja buscando, sendo este o direito fundamental em sentido estrito.

Para deixar mais claro o entendimento do assunto, faz-se importante trazer mais um exemplo. Se considerarmos o direito à saúde como direito fundamental como um todo, tem-se que dele decorrem várias pretensões jurídicas jusfundamentais, como, por exemplo, o direito que o cidadão tem ao fornecimento de serviços médicos ambulatoriais, o direito a escolher os métodos terapêuticos que irá utilizar em seu tratamento e o direito à criação de hospitais públicos bem estruturados para atender a população (HACHEM, 2013, p. 628), sendo que cada uma dessas pretensões jurídicas decorrentes do direito à saúde, considerado como um direito fundamental como um todo, também é um direito fundamental, mas em sentido estrito.

Nesse sentido, ao entender o que significa a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, não pairam dúvidas de que tal entendimento é de extrema importância para o seguimento do trabalho, uma vez que, como se verá à frente, a supressão ou alteração de um direito fundamental social não irá ocorrer em re-

¹ Expressão utilizada na obra em espanhol (ALEXY, 2007, p. 214), a qual, neste trabalho, considera-se mais adequada ao entendimento da multifuncionalidade dos direitos fundamentais do que o termo utilizado na obra em português (“direito fundamental completo”).

lação ao direito fundamental como um todo, mas ocorrerá em relação ao direito fundamental em sentido estrito.

4 PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

Um dos temas mais importantes no que se refere aos direitos fundamentais sociais é o princípio de proibição de retrocesso social, porquanto não esteja expressamente previsto na Constituição Federal, sua existência está implícita, pois é aceita no ordenamento jurídico brasileiro, em que pese não haver um consenso.

O princípio de proibição de retrocesso social deve ser aceito no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que apesar de não estar expressamente previsto na Constituição Federal do Brasil, trata-se de um princípio implícito.

De acordo com Luiz Fernando Calil de Freitas (2007, p. 217), o Estado Democrático de Direito tem como uma de suas características a busca permanente e contínua pelo progresso das condições de vida da sociedade, sendo que caso a sociedade não possua um mínimo necessário a uma vida digna, é dever do Estado contribuir com os hipossuficientes. A partir de então, quando determinado nível sociocultural é atingido pela concretização de direitos fundamentais, se torna incompatível com a noção de Estado Democrático de Direito aceitar o retrocesso, haja vista que isso ofenderia a segurança jurídica e social.

Assim, em um Estado Democrático de Direito, mesmo diante de não haver uma previsão expressa do princípio de proibição de retrocesso social, não se pode negar que se trata de um princípio inerente a tal modelo de Estado e que, portanto, deve ser aceito como implícito.

Luísa Cristina Pinto e Netto (2010, p. 113) conceitua o referido princípio como “norma jusfundamental adscrita, de natureza principal, que proíbe ao Legislador a supressão ou alteração das normas infraconstitucionais que densificam normas constitucionais de direitos sociais de molde a violar sua eficácia”. Sua natureza, portanto, é de uma norma adscrita, ou seja, decorre da concretização do que está constitucionalmente disposto.

Nesse sentido, importante destacar que da mesma forma como a norma pode estar presente diretamente na Constituição ou ser uma norma adscrita, os direitos sociais também podem ser originários ou derivados. Serão originários aqueles assegurados pela Constituição, em que há o reconhecimento do Poder Público ser o responsável por criar os pressupostos materiais que são indispensáveis ao seu exercício e que gera ao cidadão, ainda que sem a regulamentação pelo Poder Público, a faculdade de exigí-los imediatamente. Por sua vez, os direitos sociais são derivados quando a coletividade tem o direito

a sua disposição somente após a regulamentação infraconstitucional realizada pelo Poder Público, ou seja, eles não decorrem diretamente do texto constitucional, uma vez que necessitam de regulamentação para serem concretizados (SIMÕES, 2013, p. 183).

Quanto a sua fundamentação, verifica-se que o princípio de proibição de retrocesso social é aceito com fundamento em uma ideia de progresso contínuo sem admitir um retrocesso na consagração e efetivação dos direitos fundamentais (NETTO, 2010, p. 111).

No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 340) entende que, quando por meio de medidas legislativas o núcleo essencial dos direitos sociais já está realizado e efetivado, este deve ser constitucionalmente garantido e qualquer medida que anule, revogue ou aniquile, pura e simplesmente, esse núcleo essencial, sem que outros esquemas alternativos ou compensatórios sejam criados, é inconstitucional.

Sendo assim, pode-se perceber que, de acordo com o referido princípio, após a concretização de direitos constitucionalmente assegurados, por meio de legislação infraconstitucional, o legislador fica impedido de retroceder socialmente sem que ocorra uma compensação para tanto.

Também no mesmo sentido, Luís Roberto Barroso (2009, p. 152-153) afirma que tal princípio não é expresso, contudo, decorre do sistema jurídico-constitucional, e assevera que em decorrência desse princípio, quando uma lei regulamenta um mandamento constitucionalmente previsto, ao instituir um determinado direito, faz com que o direito não possa mais ser arbitrariamente suprimido. Sendo assim, após a concretização do direito previsto constitucionalmente, uma lei posterior não pode extingui-lo, uma vez que fica vedado ao legislador infraconstitucional revogar um ato legislativo que deu concretude a uma norma constitucional, pois, se isso ocorresse, ocorreria uma volta ao estado de omissão legislativa existente anteriormente.

Jorge Miranda (2014, p. 494) afirma que “quando as normas legais vêm concretizar normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, não fica apenas cumprido o dever de legislar como o legislador fica adstrito a não as suprimir, abrindo ou reabrindo uma omissão”. Contudo, o autor adverte que situações de escassez de recursos podem causar a suspensão de normas, as quais devem re-tornar sua efetividade logo que a normalidade for restabelecida. Por outro lado, caso as condições econômicas sejam favoráveis, as normas devem gerar o máximo de satisfação das necessidades sociais. Ou seja, “só é obrigatório o que seja possível, mas o que é possível torna-se obrigatório”.

Nesse sentido, pode-se perceber que o princípio de proibição de retrocesso social não é um princípio absoluto, uma vez que admite exceções ao retrocesso social em certas ocasiões, como, por exemplo, no caso de escassez de recursos.

Sendo assim, em que pese não ser absoluto e, devido a isso, existirem casos em que possa ocorrer um retrocesso social, tendo em vista que se trata de um princípio, o princípio de proibição de retrocesso social deve ser aplicado na maior medida possível, pois, segundo Robert Alexy (2014, p. 90), “*princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização*”.

A existência desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro se dá pelo fato de que a Constituição Federal trouxe expressa previsão quanto aos direitos sociais e, para que as disposições constitucionais sejam cumpridas, é necessária a concretização dos direitos sociais previstos. Contudo, não faz sentido dar competência para o legislador concretizar a normas constitucionais por meio de legislação infraconstitucional se, ao mesmo tempo, ele tiver competência para eliminar de forma pura e simples a regulamentação legal já existente e recriar uma situação de vácuo normativo que já existia (DERBLI, 2008, p. 344).

Não se pode negar, dessa forma, que o princípio de proibição de retrocesso social guarde relação de grande proximidade com a noção de segurança jurídica, que por sua vez guarda um vínculo estreito com a noção de dignidade da pessoa humana, uma vez que quando se proíbe a supressão ou alteração de um determinado direito, o objetivo buscado é que seja preservada a noção de segurança jurídica, tendo em vista que esta é de fundamental importância na vida de qualquer pessoa (SARLET, 2012, p. 442-443).

Além disso, é muito importante destacar que o retrocesso social, ao contrário do que possa parecer pela denominação empregada, não ocorre somente quando o fato possui efeitos retroativos e atinge situações anteriores, uma vez que há retrocesso social também em relação aos efeitos prospectivos. Assim, se um fato não atinge um direito social já existente e garantido anteriormente, mas vem a suprimir esse direito a partir do momento em que determinada lei infranconstitucional entrar em vigor, em que pese não estar atingindo situações anteriores e também não possuir efeitos retroativos, pode se caracterizar como retrocesso social, tendo em vista que mesmo visando efeitos futuros houve a caracterização de um retrocesso quanto a determinado direito social já concretizado anteriormente (SARLET, 2012, p. 445).

Felipe Derbli (2008, p. 382) afirma que haverá retrocesso social quando uma garantia institucional, legalmente concretizada, for suprimida, sendo que

as normas que definem direitos sociais, quando legislativamente concretizadas, fazem com que os direitos passem a ter um status negativo *jusfundamental*.

Então, após a existência de legislação infraconstitucional apta a concretizar direitos fundamentais sociais constitucionalmente previstos, a supressão ou alteração que venha a causar um novo vácuo normativo e que traga novamente uma falta de concretização àquela norma, ferirá o princípio de proibição de retrocesso social.

No que se refere ao núcleo essencial do princípio de proibição de retrocesso social, para Felipe Derbli (2008, p. 382), o que o constitui é a vedação destinada ao legislador que o impede de, pura e simplesmente, suprimir uma norma constitucional já concretizada referente ao núcleo essencial de um direito fundamental social, sem a criação de mecanismos compensatórios ou equivalentes.

Consequentemente, fica proibido ao legislador o reestabelecimento de um vácuo normativo, apesar de o legislador ter o direito de rever as leis anteriormente editadas, não obstante, para a supressão de um direito social ser admitida é necessário um juízo de proporcionalidade perante as circunstâncias fáticas (DERBLI, 2008, p. 382). Portanto, conforme exposto, há, implicitamente, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio de proibição de retrocesso social, segundo o qual, não pode haver a supressão ou alteração de um direito fundamental social sem que exista uma justificativa para tanto, verificada, no caso concreto, frente ao princípio da proporcionalidade.

Além disso, não basta apenas a justificativa para a alteração ou supressão de um direito fundamental social, é necessário que ocorra uma compensação em relação ao retrocesso que ocorrerá. Em razão disso, torna-se imperioso analisar se essa compensação exigida pelo princípio de proibição de retrocesso social deve ocorrer em relação ao mesmo direito que foi suprimido ou alterado ou se pode ocorrer uma compensação em relação a direito diverso.

5 A COMPENSAÇÃO EXIGIDA PELO PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

No âmbito desse tema, verifica-se a aproximação de muitos juristas à defesa da existência do princípio de proibição do retrocesso social, sob a alegação de que para poder suprimi-lo é necessária uma justificativa e uma compensação, contudo, não apresentam justificativas coerentes sobre o que seria a compensação exigida pelo mencionado postulado.²

² Para demonstrar isso, veja-se novamente uma lição já exposta, mas agora com foco na exigência da compensação diante de uma alteração ou supressão de direito fundamental. José Joaquim Gomes

Surge então a seguinte dúvida: a compensação exigida para que ocorra a alteração ou supressão de um direito fundamental social deve ocorrer em relação ao mesmo direito objeto da alteração ou supressão ou pode ocorrer em relação a um direito diverso? E, caso a resposta seja no sentido de que pode ocorrer no mesmo direito objeto da alteração ou supressão do direito fundamental social, tem que ser em relação ao mesmo direito em sentido estrito ou pode ocorrer em relação ao direito fundamental social em questão como um todo?

Essas indagações impõem, preliminarmente, reafirmar que o princípio de proibição de retrocesso social não é absoluto, tendo em vista que até mesmo a Constituição Federal necessita de mudanças para a sua evolução; não há como impedir que as mudanças na sociedade alterem o que está constitucionalmente ou infraconstitucionalmente previsto. Então, faz-se necessário reafirmar algo que já foi exposto anteriormente: o princípio de proibição de retrocesso social está intimamente ligado à questão da segurança jurídica, sendo esta de extrema importância na vida em sociedade.

A segurança é uma necessidade que o ser humano possui para que possa levar sua vida adiante com um mínimo de previsibilidade para saber no que pode confiar, sendo que a segurança jurídica tem por objetivo a garantia da estabilidade na sociedade (MELO, 2006, p. 133). Portanto, devido a essa relação entre a segurança jurídica e o princípio de proibição de retrocesso social, pode-se chegar a conclusão de que o princípio da segurança jurídica engloba a proibição de retroceder como forma de garantir uma segurança ao menos mínima aos cidadãos (ALIANAK, 2015, p. 92).

Além disso, a noção de segurança jurídica está intimamente relacionada com a dignidade humana, uma vez que é necessário haver a garantia de direitos fundamentais para que a dignidade humana esteja presente e, não há como garantir direitos fundamentais sem um mínimo de segurança jurídica (SARLET, 2012, p. 443-444).

Sendo assim, percebe-se que o princípio de proibição de retrocesso social é muito importante para o ordenamento jurídico, tendo vista que cumpre a ele preservar os direitos já concretizados e impedir o legislador de proceder a um retrocesso social por meio de alterações ou supressões de direitos fundamentais sociais.

Canotilho (2003, p. 340) afirma que quando, por meio de medidas legislativas, o núcleo essencial dos direitos sociais já está realizado e efetivado, este deve ser constitucionalmente garantido e qualquer medida que anule, revogue ou aniquile, pura e simplesmente, esse núcleo essencial, sem que outros esquemas alternativos ou compensatórios sejam criados, é inconstitucional. Ou seja, de acordo com o mencionado autor qualquer medida que venha revogar o núcleo essencial de um direito social deve oferecer medidas alternativas ou compensatórias, sob pena de ser inconstitucional.

Assim, após a regulamentação e concretização dos direitos sociais, surge uma proteção que impede o legislador de, futuramente, retroceder às conquistas já alcançadas (SCHIER, 2016, p. 206). Todavia, apesar de ser necessário assegurar a preservação da segurança jurídica, tendo em vista o caráter absoluto desse princípio, em alguns casos é admitido um retrocesso social por meio de uma alteração ou supressão de determinado direito social, em razão da transformação social ao longo do tempo e vários são os fatores que podem levar à necessidade de alteração legislativa. Entretanto, para a alteração ou supressão de um direito fundamental social é necessário existir uma justificativa apta a permitir a escolha que vai contra o direito fundamental social já concretizado e uma compensação pela supressão ou alteração do direito fundamental social.

Quanto à justificativa exigida pelo princípio de proibição de retrocesso social, tem-se que esta não é objeto do presente trabalho, mas, apenas a título de exemplo, conforme afirma Jorge Miranda (2014, p. 494), a escassez de recursos é capaz de provocar um retrocesso social, mesmo que temporariamente. Assim, não há como negar que possa ocorrer um retrocesso social com fundamento na reserva do possível, mas jamais um retrocesso poderá atingir o mínimo existencial que é assegurado a todos como forma de garantir o mínimo para uma vida digna, pois afetar o mínimo existencial envolve também uma violação a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2012, p. 464-465).

Não é suficiente apenas uma justificativa, também é necessário que ocorra uma compensação pela supressão ou alteração do direito fundamental social, pois o legislador não pode simplesmente retirar determinado direito fundamental social da esfera de direitos de um cidadão sem oferecer uma contraprestação em seu lugar, haja vista que a simples eliminação de um direito anteriormente concretizado fere a segurança jurídica.

Dessa forma, considerando a segurança jurídica, que é um direito assegurado a todos, tem-se que quanto a primeira pergunta a resposta aqui lançada é a de que a compensação exigida para a garantia do princípio de proibição de retrocesso social ocorre no mesmo direito fundamental social que foi alvo de supressão ou alteração pelo legislador ordinário.

Isso se dá pelo fato de que não prospera o legislador optar em suprimir ou alterar um determinado direito fundamental social e aplicar uma compensação em outro, haja vista que nem sempre o titular de um direito fundamental social (suprimido ou alterado) terá uma compensação igualitária pela promoção de outro direito fundamental social. Por exemplo, uma pessoa que necessita de uma determinada prestação positiva por parte do Estado sobre um direito fundamental social referente à saúde não necessariamente também necessitará de algo re-

ferente a um direito fundamental social referente ao direito à moradia. Nesse caso, para o particular não haveria uma compensação se determinada pretensão jurídica, referente ao direito à saúde, viesse a ser alterada ou suprimida e como compensação fosse oferecido o direito à uma pretensão jurídica referente ao direito à moradia, pois a pessoa, no caso concreto, poderia já ter uma casa própria e não se enquadrar nos requisitos exigidos para usufruir dessa nova pretensão jurídica criada referente ao direito à moradia.

Sendo assim, não há como garantir uma compensação pelo direito fundamental social alterado ou suprimido em outro direito fundamental social, pois em tal caso, estar-se-ia diante de uma violação ao princípio de proibição de retrocesso social, porquanto o retrocesso social iria ocorrer e não haveria uma compensação em relação ao direito fundamental social objeto de retrocesso. Portanto, em relação à primeira indagação a compensação exigida para a alteração ou supressão de um determinado direito fundamental social deve ocorrer no mesmo direito fundamental social que foi objeto de alteração ou supressão, caso contrário estar-se-ia ferindo o princípio de proibição de retrocesso social, uma vez que a compensação em outro direito serviria apenas como uma compensação simbólica e, muitas vezes, não seria efetiva se analisado o caso concreto, pois uma pessoa que necessita de uma prestação referente à um determinado direito não irá necessariamente precisar de algo relacionado à outro direito fundamental social.

Noutro sentido, quando se diz que a compensação exigida pelo princípio de proibição de retrocesso social tem que se dar no mesmo direito fundamental social objeto da alteração ou supressão pelo legislador, surge uma dúvida relacionada à questão da multifuncionalidade dos direitos fundamentais.

Devido à multifuncionalidade, a supressão ou alteração de um direito fundamental social irá recair, em regra, sobre uma ou mais pretensões jurídicas de determinado direito social, pois a supressão ou alteração de um direito social como um todo é absolutamente vedada pelo ordenamento jurídico, sendo incompatível com o seu propósito, uma vez que o retrocesso social jamais pode afetar o núcleo de um direito fundamental e a supressão ou alteração de um direito fundamental social certamente irá afetar seu núcleo, uma vez que o direito social como um todo seria atingido. Portanto, a partir desse raciocínio, pode-se concluir que a alteração ou supressão de determinado direito social irá sempre recair sobre algumas pretensões jurídicas de um direito fundamental social, ou seja, recairá sempre sobre o direito fundamental em sentido estrito e nunca em sentido amplo.

Surge, então, a seguinte indagação: tendo em vista que a compensação exigida pelo princípio de proibição de retrocesso social tem que ocorrer no mesmo

direito objeto da alteração ou supressão do direito fundamental social, essa compensação tem que ser em relação ao mesmo direito em sentido estrito ou pode ocorrer em relação ao direito fundamental social em questão como um todo?

Ao tomar como parâmetro, para a compensação pela alteração ou supressão de determinado direito social, o direito fundamental social em sentido estrito, ou seja, a pretensão jurídica decorrente do direito fundamental como um todo, tem-se que, a primeira vista, parece ser a escolha correta optar pela necessidade de a contraprestação se dar no mesmo direito fundamental social em sentido estrito, uma vez que se tal direito é que será objeto de alteração ou supressão, nada mais justo que a compensação ocorra nesse mesmo elemento. Contudo, não há como negar que a suposta necessidade de compensar a alteração ou supressão de determinado direito fundamental social no mesmo direito fundamental social em sentido estrito objeto da reforma legislativa, faria com que o legislador, ao optar por uma mudança legislativa que viesse a atingir determinado direito fundamental social, ficasse restrito, uma vez que a variação ocorreria em relação à determinada pretensão jurídica e a compensação, para tanto, também deveria ocorrer sobre essa mesma pretensão jurídica.

Sendo assim, exigir que a compensação fornecida pela alteração ou supressão de um determinado direito fundamental social se dê no mesmo direito fundamental social em sentido estrito, objeto da mudança legislativa, torna quase toda alteração ou supressão de direito fundamental social inviável, pois quando se trata de uma alteração a determinado direito fundamental social, o que se pretende é que uma pretensão jurídica já concretizada seja alterada.

Ademais, quando se refere à alteração de direito fundamental social, esta é no sentido de restrição do direito, haja vista que se a alteração vier para ampliar ou aumentar determinado direito tal fato será irrelevante para o estudo deste trabalho. Destarte, em todo o trabalho refere-se à alteração do direito fundamental social no sentido de restringi-lo e nunca de incrementá-lo, tendo em vista o motivo acima exposto.

Ao legislador seria inviável impor a condição de que ele somente poderia alterar determinado direito fundamental social em sentido estrito se, ao alterar determinada disposição referente a uma posição jurídica já concretizada, fosse oferecida uma compensação em relação à essa mesma pretensão jurídica, pois se a intenção é justamente causar uma mudança em determinada pretensão jurídica, impor uma compensação no âmbito dessa mesma pretensão não faria sentido.

Além disso, tem-se que se o objetivo do legislador é alterar determinado direito fundamental social em sentido estrito com a intenção de restringi-lo, não faz sentido exigir que ao mesmo tempo em que ocorra uma restrição a determi-

nada pretensão jurídica, seja oferecida uma compensação referente a essa mesma pretensão jurídica, pois a ideia de restrição é contrária a ideia de ampliação.

A compensação exigida pela alteração de determinado direito fundamental social em sentido estrito, portanto, não se faz necessária sobre a mesma pretensão jurídica objeto de alteração, pois isso inviabilizaria qualquer mudança legislativa, visto que restringiria enormemente a atividade do legislador. Assim, basta que a compensação ocorra sobre o mesmo direito fundamental social como um todo.

Por outro lado, quanto a indagação se no caso de supressão de direito fundamental social a compensação se dará da mesma forma, cumpre ressaltar que se na alteração de determinado direito fundamental social em sentido estrito é inviável a exigência de compensação sobre a mesma pretensão jurídica que foi objeto da alteração, quanto aos casos de supressão seria também inviável essa exigência. Inclusive, quando se trata de supressão de direito fundamental social em sentido estrito faz ainda menos sentido uma suposta exigência de compensação sobre a mesma pretensão jurídica objeto da supressão legislativa.

Aliás, afirmar que determinada pretensão jurídica foi suprimida é o mesmo que inferir que a mesma já não existe mais. Logo, se a pretensão jurídica inexistente, não faz sentido impor ao legislador que seja dada uma compensação sobre essa mesma pretensão que já não existe mais. Dessa forma, não há como o legislador suprimir um direito fundamental social em sentido estrito e criar uma compensação sobre esse mesmo direito, pois tal pretensão jurídica já não existe.

Além disso, também não faz sentido que o legislador ao suprimir determinado direito fundamental social em sentido estrito venha a criar outra pretensão jurídica relativa ao mesmo direito em sentido estrito que foi suprimido, uma vez que tal conduta classificaria a ação do legislador como alteração e não como supressão de direito.

Assim, da mesma forma como ocorre com a alteração de direito fundamental social em sentido estrito, no caso de supressão, não é viável que seja exigido do legislador uma compensação pela supressão relacionada a mesma pretensão jurídica, bastando que a compensação ocorra sobre o mesmo direito fundamental social considerado como um todo. Portanto, diante de uma alteração ou supressão de um direito fundamental social em sentido estrito, para que não ocorra violação ao princípio de proibição de retrocesso social, a compensação pelo direito social objeto da alteração ou supressão pelo legislador deve ocorrer em relação ao mesmo direito fundamental social como um todo e não em relação ao mesmo direito fundamental social em sentido estrito, haja vista que, conforme analisado, a exigência de uma compensação sobre a mesma pretensão jurídica alterada

ou suprimida torna a atividade do legislador inviável e, conseqüentemente, não seria compatível com o que dispõe o princípio de proibição de retrocesso social.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, resta demonstrado que, em que pese a falta de unanimidade em seu reconhecimento, os direitos sociais são direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do que está disposto na Constituição Federal.

Como consequência do reconhecimento da jusfundamentalidade dos direitos sociais é assegurada a esses direitos a característica da multifuncionalidade inerente a todos os direitos fundamentais.

Por serem direitos fundamentais, os direitos sociais podem ser tidos como direitos fundamentais sociais em sentido amplo e direitos fundamentais sociais em sentido estrito, sendo que estes últimos correspondem às pretensões jurídicas decorrentes de determinado direito fundamental como um todo.

O princípio de proibição de retrocesso social é aceito no ordenamento jurídico brasileiro e tem ligação com as noções de segurança jurídica e dignidade humana, apesar de não existir nenhuma previsão expressa na Constituição Federal, sendo que tal entendimento, da mesma forma como ocorre com a discussão a respeito da jusfundamentalidade dos direitos sociais, também não é unânime entre os juristas.

Chegou-se a conclusão de que a alteração ou supressão de um direito fundamental social somente pode ocorrer quanto ao direito fundamental em sentido estrito, ou seja, em relação às pretensões jurídicas decorrentes do direito fundamental como um todo, sendo que jamais poderá ocorrer sobre este último.

Nesse sentido, tem-se que para que ocorra uma alteração ou supressão de um direito fundamental social é necessário que haja uma justificativa para tal decisão e que ocorra uma compensação sobre o direito alterado ou suprimido.

Quanto à compensação, objeto principal do presente trabalho, conclui-se que para assegurar a efetividade do princípio de proibição de retrocesso social nas alterações ou supressões de direitos fundamentais sociais em sentido estrito, a compensação deve ocorrer em relação ao direito fundamental social como um todo que teve alguma pretensão jurídica alterada ou suprimida pela ação do legislador, tendo em vista que a exigência de compensação no mesmo direito fundamental social em sentido estrito objeto da alteração ou supressão seria inviável para garantir a atividade legislativa necessária.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ALIANAK, Raquel Cynthia. Seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima frente a actos estatales. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 85-97, jul./dic. 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BITENCOURT, Caroline Müller. A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 213-244, jan./mar. 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DERBLI, Felipe. A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no Direito brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 343-382.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013.
- HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-240.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5281>>. Acesso em: 23 maio 2017.
- MELO, Lígia Maria Silva de. Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 133-144, jul./set. 2006.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. t. IV, 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social. *Revista de Direito da Administração Pública*, Niterói, v. 2, n. 1, p. 204-223, jan./jun. 2016.

SIMÕES, Carlos. *Teoria & crítica dos direitos sociais: o Estado social e o Estado democrático de direito*. São Paulo: Cortez, 2013.

A MEDIDA DE INTERNAÇÃO E AS POSSIBILIDADES DE REINTEGRAÇÃO DO ADOLESCENTE: UMA ANÁLISE DO PROGRAMA PORTAS ABERTAS

THE MEASURE OF HOSPITALIZATION AND THE POSSIBILITIES OF ADOLESCENT REINTEGRATION: AN ANALYSIS OF THE PORTAS ABERTAS PROGRAM

Edimar Edson Mendes Rodrigues

Doutor em Sociologia pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Auxiliar da Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE).

Ronia Lima Barbosa

Licenciada em Pedagogia pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE). Pós-graduanda em Direito Público Municipal pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE).

Submetido em: 06/03/2018

Aprovado em: 17/12/2018

Resumo: Este artigo analisa o Programa Portas Abertas, desenvolvido pela Vara Regional da Infância e Juventude de Petrolina/PE, objetivando avaliar seus resultados práticos quanto à reintegração social de adolescentes que cumprem medida socioeducativa de internação na unidade da FUNASE/CASE da Comarca. Trata-se de pesquisa qualitativa, com metodologia consistente em análise de documentos, os quais foram fornecidos pela Vara da Infância e pelo CASE de Petrolina. Os resultados obtidos demonstraram considerável número de extinção e progressão da medida de internação, de profissionalização e empregabilidade dos adolescentes internos, bem como a redução do total de reincidências em atos infracionais graves.

Palavras-chave: Programa Portas Abertas; medida de internação; reintegração social.

Abstract: This article analyzes the Portas Abertas Program, developed by the Regional Court of Childhood and Youth of Petrolina/PE, aiming to evaluate its practical results regarding the social reintegration of adolescents who comply socio-educational measure of hospitalization on FUNASE/CASE unit of the county. This is a qualitative research, with a methodology consistent in analysis of documents, which were provided by the Childhood Court and by FUNASE/CASE of Petrolina. The results obtained demonstrated a considerable number of extinction and progression of the

hospitalization measure, the professionalization and employability of the internal adolescents, as well as the reduction of the total of recidivism in serious infractions.

Keywords: *Portas Abertas Program; measure of hospitalization; social reintegration.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O tratamento jurídico dispensado à criança e ao adolescente: antecedentes históricos e doutrina da proteção integral. 3. Ato infracional, medida socioeducativa e responsabilização do adolescente. 4. A medida de internação e suas características na ótica da proteção integral. 5. Programa Portas Abertas: uma prática de reintegração de adolescentes em situação de internação em Petrolina-PE. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Na seara da proteção integral é assente o entendimento de que crianças e adolescentes são pessoas em peculiar condição de desenvolvimento e que, portanto, toda a matéria que lhes diz respeito é disciplinada em legislação especial, a saber, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

Desse modo, também o são, conseqüentemente, as medidas que lhes são aplicadas nos casos de prática de ato infracional (sejam as protetivas, sejam as socioeducativas, disciplinadas no ECA, nos arts. 101 e 112, respectivamente), que não fogem do cerne da proteção integral. Essas medidas, embora apresentem viés de responsabilização da prática infracional, são dotadas, preponderantemente, de caráter pedagógico, com o fim último de reintegração social do adolescente.

O artigo que ora se apresenta trata das práticas do Programa Portas Abertas, que é desenvolvido na Vara Regional da Infância e Juventude de Petrolina que, ancoradas na visão do ECA, buscam a reintegração do adolescente por meio de ações que visam sua inserção no mercado de trabalho e em atividades culturais, profissionalizantes e sociais, tudo com o acompanhamento individualizado deste.

Referido programa atende adolescentes que cumprem medida privativa de liberdade (internação) no Centro de Atendimento Socioeducativo (CASE) da Fundação de Atendimento Socioeducativo (FUNASE), unidade de Petrolina.

Nesse sentido, com o fito de garantir o cumprimento dos princípios da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, são realizadas mensalmente audiências concentradas na unidade de internação, com o objetivo principal de avaliar, em tempo breve, o que Costa e Méndez (2002, p. 401) chamam de *mecanismo de reciprocidade*, ou seja, a correlação entre o tempo de duração da medida “com a conduta do educando e com a capacidade por ele demonstrada de responder à abordagem socioeducativa”.

Para o desenvolvimento da problemática proposta, foram coletadas, junto à Vara Regional da Infância e Juventude de Petrolina, informações sobre forma e ferramentas de execução do Programa e, na unidade da FUNASE/CASE de Petrolina, dados para se aquilatar os resultados práticos deste.

Trata-se, portanto, de pesquisa qualitativa, a qual, segundo Minayo (2001, p. 21), debruça-se a analisar as realidades que não podem ser quantificadas, pois trabalha com “um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis”.

Demais disso, utilizou-se metodologia consistente na análise de documentos, sendo estes “materiais que não receberam ainda um tratamento analítico” (GIL, 2008, p. 51). Pádua (1997, p.62) entende que tais documentos podem ser “contemporâneos ou retrospectivos, considerados cientificamente autênticos (não fraudados)”, e assevera que essa espécie de pesquisa “tem sido largamente utilizada nas ciências sociais, na investigação histórica, a fim de descrever/comparar fatos sociais, estabelecendo suas características ou tendências”.

A partir da metodologia descrita, este trabalho tem como objetivos: 1) contextualizar historicamente o tratamento jurídico dispensado à criança e ao adolescente, situando o leitor na atual doutrina da proteção integral; 2) conceituar ato infracional, medidas socioeducativas e os atos que ensejam a medida socioeducativa privativa de liberdade; 3) avaliar os resultados do Programa, no que diz respeito ao quantitativo de extinções/progressões da medida de internação, bem como à reintegração do adolescente no convívio social, aí entendida como: não reincidência em atos infracionais graves (que, para este caso, não está se considerando como reincidência o instituto descrito no art. 63, do Código Penal¹, mas a mera reiteração de conduta infracional, que enseja medida socioeducativa em meio fechado), inserção no mercado de trabalho, obtenção de certificados profissionais, ou aprendizado de atividades culturais.

2 O TRATAMENTO JURÍDICO DISPENSADO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE: ANTECEDENTES HISTÓRICOS E DOTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A atual compreensão jurídica a respeito das crianças e dos adolescentes é de que estes são titulares de direitos e deveres, bem como de forma especial e diferenciada de tratamento, em respeito à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. No entanto, tal forma de tratamento nem sempre foi assim no decorrer dos anos.

¹ Código Penal: “Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”.

É possível resumir-se em quatro fases a evolução do tratamento jurídico dispensado à criança e ao adolescente no Brasil: 1) *fase da absoluta indiferença*, na qual não havia nenhum diploma legislativo tratando do assunto; 2) *fase da mera imputação criminal*, em que apenas se previa a repressão e as punições às crianças e aos adolescentes que incorressem em condutas desviantes – é o caso, por exemplo, das Ordenações Afonsinas e Filipinas, Código Criminal do Império (1830) e Código Penal (1890); 3) *fase tutelar*, pela qual se previa que o direito das crianças e adolescentes fosse tutelado e, por meio disso, se protegesse reflexamente os interesses dos adultos – são exemplos dessa legislação o Código Mello Matos (1927) e o Código de Menores (1979); e 4) *fase da proteção integral*, na qual passa a se reconhecer a criança e o adolescente como pessoas em estado peculiar de desenvolvimento e que fazem *jus* a tratamento diferenciado e específico, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90. (PAULA, 2002, p. 26).

Pois bem. A fase da absoluta indiferença, obviamente, nos remonta ao Brasil Colônia, período em que a criança e o adolescente eram tidos como adultos em miniatura, logo, qualquer menção a tais sujeitos seria para atender aos interesses coloniais. Segundo Ramos (1997, p. 14), “[...] as crianças eram consideradas um pouco mais do que animais, e que acreditavam ser necessário usar logo toda sua força de trabalho”. Em contínuo, durante o Brasil Império, contexto em que surge a Constituição de 1824, por ser o interesse legislativo apenas voltado à organização administrativa, também não se vislumbrava nenhuma menção a direitos, garantias ou proteção à criança e ao adolescente.

Apenas a partir de 1830, com a edição do Código Criminal do Império, é que passa a haver referência à criança e ao adolescente, o que se manteve no Código Penal de 1890. É aqui que tem início a segunda fase: a da mera imputação criminal. Segundo Saraiva (2010, p.18), essa fase:

[...] é a marca do tratamento dado pelo Direito desde o nascimento dos códigos penais, de conteúdo eminentemente retribucionista, do século XIX até a primeira década do século XX. Esta etapa caracteriza-se por considerar os menores de idade praticamente da mesma forma que os adultos, fixando normas de privação de liberdade por um pouco menos de tempo que os adultos e a mais absoluta promiscuidade, na medida em que eram recolhidos todos ao mesmo espaço.

Nesse contexto, passou-se a disciplinar a imputação penal do adolescente, porém, sem nenhuma distinção com relação aos adultos ou qualquer outro tipo de proteção especial à sua condição peculiar.

A fase seguinte, que foi denominada de tutelar, tem início a partir da edição do Decreto 17.943-A, de 12 de outubro de 1927 – Código Mello Matos. Tal diplo-

ma legislativo foi assim cunhado em homenagem ao seu autor, José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, juiz atuante da área da Infância e Juventude no Brasil. Referido Decreto, segundo Veronese (1997, p. 10), foi que “alterou e substituiu concepções obsoletas como as de discernimento, culpabilidade, responsabilidade, disciplinando, ainda, que a assistência à infância deveria passar da esfera punitiva para a educacional”.

Ainda no curso da fase tutelar, já em 1979, surge o Código de Menores, adotando um viés protetivo quanto aos jovens que já se encontravam em estado de vitimização e assumindo uma postura repressiva em face da criança ou do adolescente que cometia ato infracional. Note-se que referido diploma legal não era destinado à prevenção de situações de vulnerabilidade de tais sujeitos, apenas se preocupava com os conflitos já instalados.

Interessante pontuar que o Código de Menores empregava o termo *menor* para se referir à criança e ao adolescente vitimizados ou que se desviassem das condutas impostas pela Lei. Nessa segunda hipótese, eram os chamados *menores infratores*, para os quais o Estado (agindo como tutor) se utilizava de quaisquer meios que se entendesse necessários à *correção* destes.

Esse tratamento durou até que começasse a tomar fôlego a fase da proteção integral, oriunda de novos alicerces jurídicos, sobretudo os advindos da Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança (mais precisamente, no 9º princípio da Declaração dos Direitos da Criança, da ONU), que muniram a, então, nova Lei nº 8.069/90 com o enfoque da Proteção Integral.

Tem-se aqui, seguindo também os ditames da Constituição Federal de 1988, a proteção específica à infância e à juventude, como se observa, por exemplo, no art. 227 da Carta Magna:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Referido dispositivo faz parte do título VII da Constituição Federal, que aborda, além de direitos da família e do idoso, direitos destinados à infância e à juventude, numa conjuntura com o contexto cinético da sociedade da época, que atravessava transformações urgentes por tutelas legais específicas para cada grupo social mencionado, fato não concebido nas constituições anteriores. A esse respeito, aduz Bullos (2008, p. 1132):

Claro que as constituições progressas não podiam prever o que o Texto de 1988 previu, pois, no passado, os problemas eram diferentes, os costumes eram outros, o *modus vivendi* se exteriorizava de forma totalmente distinta da atual. [...] Nesse contexto, o constituinte brasileiro de 1988 não olvidou os contornos modernos da mutável concepção de família. A problemática da marginalização infantil, outrora situada *a latere* do processo de reintegração social, também foi destacada. O mesmo se diga quanto às questões relacionadas à adolescência, marcantes nesse crepúsculo de século, sobretudo diante da violência e da exploração sexual dos jovens.

Implanta-se, desse modo, o olhar direto e apurado aos sujeitos em condição peculiar de desenvolvimento, elencando, agora, não apenas as situações de repressão, mas também um conjunto de medidas de proteção integral à criança e ao adolescente. Segundo Liberati (2003), a proteção é integral porque além de se tratar de um preceito constitucional (exposto no art. 227 da Carta Magna), é, também, um contraponto à teoria anterior do direito tutelar do menor.

A norma prevista no art. 227 da Constituição destina-se à família, à sociedade e ao Estado, ou seja, detêm competência difusa em relação a diferentes agentes sociais, com o fito precípuo de ampliar o alcance da proteção à criança e ao adolescente, constituindo-se, assim, segundo Rossato, Lépure e Cunha (2012, p. 74), um “‘metaprincípio’ da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente”. É justamente esse *metaprincípio* a base do ECA, tendo, inclusive, em seu art. 4º. a quase reprodução do art. 227 da Constituição Federal.

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Assim se configura a importância da doutrina da proteção integral na seara infanto-juvenil, quando preconiza a concretização e garantias dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, mesmo quando se está frente a situações de responsabilização destes (nos casos de aplicação das medidas socioeducativas) observando-se suas peculiaridades próprias da idade.

Essas medidas socioeducativas, que são aplicadas como formas de responsabilização a adolescentes que cometem atos infracionais e estão previstas em rol taxativo no art. 112 do ECA, apresentam caráter predominantemente educativo em detrimento do punitivo, sendo esta a principal diferença para com as medidas sancionatórias próprias do direito penal, o qual é dotado de cunho preponderantemente repressivo.

ATO INFRACIONAL, MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E RESPONSABILIZAÇÃO DO ADOLESCENTE

Consoante inteligência do ECA, em seu art. 103, ato infracional corresponde à “conduta descrita como crime ou contravenção penal”. Trata-se, em sua materialidade, da mesma forma de agir descrita no Código Penal, na Lei de Contravenções Penais e na legislação especial, diferindo-se, todavia, o agente. Para falarmos em ato infracional, impescinde que o autor do fato seja pessoa menor de dezoito anos.

Para Digiácomo e Digiácomo (2010), a expressão *ato infracional* determina o caráter extrapenal da matéria e não se resume a mero eufemismo da terminologia, mas que deve ser vista em sua própria especialidade do Direito da Criança e do Adolescente. Em outros termos, chamar o ato infracional desta forma, não se trata de uma substituição do termo *crime*, mas de instituto próprio da seara do ECA.

Convém notar ainda, consoante o art. 228 da Constituição Federal/1988 e art. 104, do ECA, que a criança ou o adolescente que comete o que, em tese, é crime ou contravenção, é penalmente inimputável. Inimputabilidade esta que, segundo Sposato (2006), não se confunde com irresponsabilidade, pois o próprio texto constitucional, no já mencionado art. 228, dispõe que crianças e adolescentes estão sujeitos às regras de Legislação Especial.

Tal responsabilização leva em conta o fato de estes possuírem realidades diferenciadas dos sujeitos de maior idade. Segundo Amaral e Silva (1998), trata-se de uma responsabilidade especial e que, apesar de sua inimputabilidade diante do Direito Penal comum, são imputáveis face à legislação especial, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por isso, há que se observar que o caráter especial não isenta o jovem de sua responsabilidade quanto ao ato infracional cometido, mas blinda-o de ser penalizado em paridade com o adulto. Não se isenta o adolescente de sua responsabilização, porque, conforme acertadamente aduz Liberati (2006), não há diferença material entre a prática de um ato infracional e de um crime, diferindo apenas no tratamento jurídico dispensado ao agente. Na visão do autor, a natureza jurídica da medida socioeducativa

Equipara-se à pena, cujo significado implica sanção aplicada como punição ou como reparação por uma ação julgada repreensível. Sua execução, no entanto, deve ser instrumento pedagógico visando ajustar a conduta do infrator à convivência social pacífica, sob o prisma da prevenção especial, voltada para o futuro (LIBERATI, 2006, p. 145).

Posta assim a questão, entende-se, com base no que defende Sposato (2006), que a dita responsabilização juvenil é, e deve ser, muito mais que a mera imposi-

ção de medida sancionadora, pois, não sendo concebível um Estado inimigo do jovem, constitui a medida aqui mencionada um instituto de acompanhamento, educação, rotinas, tudo com o fim precípua de levar a esse adolescente que está conflitando com a lei a oportunidade de crescer, reintegrar-se à sua comunidade, sobretudo porque, como aduz Paiva (2008, p. 42), “o ato infracional é um dado histórico que não inicia nem termina no adolescente”.

Vale ressaltar que as medidas aplicadas à criança² que comete ato infracional são diferentes das direcionadas ao adolescente. Enquanto a este corresponde umas das medidas socioeducativas faladas no art. 112, do Estatuto, àquela aplica-se uma das hipóteses do art. 101, denominadas medidas de proteção, pois são absolutamente irresponsáveis jurídica e penalmente.

A distinção entre criança e adolescente prevista no Art. 2º do ECA teve como único objetivo dar tratamento especial às pessoas em fase peculiar de desenvolvimento, em razão da maior ou menor maturidade, a exemplo das medidas socioeducativas, atribuídas apenas aos maiores de 12 anos na prática de ato infracional, enquanto aos menores desta idade aplicam-se medidas específicas de proteção. (PEREIRA, 1996, p. 34)

Tais medidas de proteção estão dispostas no ECA em rol exemplificativo, diferentemente da lista destinada às medidas socioeducativas, que é taxativa. Assim, pode o juiz aplicar quaisquer outras compatíveis à situação contextual da criança e suas necessidades pedagógicas.

Pois bem. As medidas socioeducativas estão descritas no art. 112, do ECA; indicadas de modo gradativo, conforme o grau de intensidade do ato infracional cometido, dispostas nos seguintes grupos: 1) *não privativas de liberdade*: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviço à comunidade, liberdade assistida, 2) *restritiva de liberdade*: inserção em regime de semiliberdade, 3) *privativa de liberdade*: internação em estabelecimento educacional, ou ainda umas das previstas nos incisos do art. 101 do Estatuto. Nenhuma delas tem natureza de pena ou punição.

4 A MEDIDA DE INTERNAÇÃO E SUAS CARACTERÍSTICAS NA ÓTICA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Dentre as medidas socioeducativas, aquela que possui maior grau de rigidez é a medida privativa de liberdade, ou seja, a de internação. Está prevista no art.

² Pessoa de até doze anos incompletos, conforme disposição do art. 2º, do ECA: “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente, aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

112, VI, do ECA e disciplinada nos arts. 121 e 122 do mesmo Estatuto, e é regida por três princípios norteadores: o da brevidade, o da excepcionalidade e o do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Três são os princípios que condicionam a aplicação da medida privativa de liberdade: o princípio da brevidade, enquanto limite cronológico; o princípio da excepcionalidade, enquanto limite lógico no processo decisório acerca de sua aplicação; e o princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, enquanto limite ontológico, a ser considerado na decisão e na implementação da medida (COSTA, 2008, p. 451).

Tal medida importa a restrição da liberdade do adolescente autor de ato infracional nas hipóteses do art. 122 do ECA, sempre em caráter excepcional e em local específico e exclusivo para adolescentes, que são as unidades de internação. Essas unidades, segundo Volpi (2001, p. 66), “são entidades onde adolescentes que cometem atos infracionais ficam internos em tempo integral... é definida por ocupar um determinado espaço físico e ter uma equipe específica”.

Ainda conforme Volpi (2002), a internação apresenta conotações coercitivas e educativas, no entanto, o autor alerta que a privação que implica a medida de internação deve se limitar apenas ao direito de ir e vir, não se aplicando aos demais direitos do adolescente, uma vez que a contenção não é a medida socioeducativa em si, senão apenas uma condição para sua aplicação.

Esta é justamente a intenção da medida privativa de liberdade, a resposta do Estado ao adolescente, responsabilizando-o com a restrição do direito de ir e vir, mas sendo tal restrição dotada de caráter educativo, em respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Por esse motivo é que o ECA estabelece as hipóteses para a aplicação de tal medida, em seu art. 122:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

- I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;
- II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
- III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. (ECA, Lei nº. 8069/90, art. 122)

São requisitos essenciais para aplicação do referido instituto, tanto que o parágrafo segundo do dispositivo em comento proíbe que a internação seja aplicada ao adolescente, havendo outra medida adequada à situação.

Outra peculiaridade da internação é o seu período de duração: o ECA não estabelece tempo mínimo nem determinado para seu cumprimento, mas o art. 121,

§§ 2º e 3º, dispõe que sua manutenção deve ser reavaliada a cada seis meses, não podendo o tempo máximo da medida ultrapassar três anos. Para Rosa (2006, p. 291), sendo uma resposta do Estado para o adolescente, se a medida fosse dotada de longo período temporal, obstaria o vínculo entre o ato praticado e a medida imposta, ou seja, é exatamente a imediatidade que proporciona essa correlação.

Ademais, segundo o autor, esse adolescente precisa participar e construir ativamente a medida socioeducativa, e arremata: “é preciso, também, dar voz ao adolescente eventualmente para compartilhar um projeto de vida”. Alinhando-se a esse entendimento, Costa e Méndez (2002, p. 401) aduzem:

O fato de a medida privativa de liberdade não comportar prazo determinado, prevista a sua reavaliação no máximo a cada seis meses, insere no processo sócio-educativo o mecanismo reciprocidade, fazendo com que o seu tempo de duração passe a guardar uma correlação direta com a conduta do educando e com a capacidade por ele demonstrada de responder à abordagem sócio-educativa.

Como já se percebeu, a medida socioeducativa de internação constitui providência extrema dentre as elencadas no ECA e também deve ser vista como meio excepcional, derradeira alternativa (*ultima ratio*). Para sua eficácia, é imprescindível que o seu viés pedagógico resulte na reinserção do adolescente em sua comunidade, deixando, assim, de ser vítima dos preconceitos da sociedade, assumindo papel de ator social, envolvendo-se nesta e inserindo-se, consequentemente, no ensino formal ou no mercado de trabalho.

De outro lado, a não eficácia da medida ocorre, principalmente, por conta da inobservância do que dispõe o ECA: a questão da excepcionalidade, a obediência aos critérios de separação de idade, compleição física, gravidade da infração, observância das atividades pedagógicas, nas quais deverá ser respeitado o caráter da medida socioeducativa, tendo como maior finalidade, conforme preleciona Volpi (1999, p. 42), a formação da cidadania, logo, não podendo “acontecer isolada do contexto social, político e econômico em que está inserido o adolescente”.

5 PROGRAMA PORTAS ABERTAS: UMA PRÁTICA DE REINTEGRAÇÃO DE ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE INTERNAÇÃO EM PETROLINA-PE

Diante da demanda de adolescentes em situação de internação, oriundos da 18ª Circunscrição Judiciária de Pernambuco (que compreende as Comarcas de Afrânio, Cabrobó, Dormentes, Lagoa Grande, Orocó, Petrolina e Santa Maria da Boa Vista) e que cumprem medida na unidade da FUNASE/CASE (Centro de Atendimento Socioeducativo) de Petrolina, instituiu-se o Programa Portas Aber-

tas, cujo objetivo precípua é a celeridade de tramitação dos processos de execução de competência da Vara Regional da Infância e Juventude da Comarca de Petrolina e, conseqüentemente, a promoção da reintegração dos adolescentes internos, concretizada pelo acompanhamento durante e depois do cumprimento da medida, o que se efetiva com a inserção destes em programas de profissionalização e de trabalho.

Nesse sentido é que o Programa Portas Abertas foi pensado e, desde o ano de 2013, é desenvolvido na Comarca de Petrolina-PE. Foi criado com os seguintes vetores: *a)* avaliação circunstanciada da situação do adolescente; *b)* agilização processual; *c)* desburocratização da justiça com a aproximação entre justiça, unidade de internação, adolescente e família; *d)* efetivação da política protetiva preconizada pelo ECA, com o deslocamento do Judiciário e sua equipe técnica até a Unidade de internação, com o objetivo deliberado de buscar a verdadeira demanda no campo da infância e juventude; *e)* realização da política restaurativa dos laços do jovem com a família e sociedade, por meio das dinâmicas oferecidas; e *f)* redução da reincidência infracional nos atos que ensejam medida de internação.

Além dos referidos vetores, o Programa objetiva, precipuamente, a atenção ao princípio da brevidade na execução da medida de internação e, acima de tudo, a concreta reintegração do adolescente que está (ou esteve) privado de liberdade.

Essa reintegração está aqui posta, no sentido que propõe Baratta (2007), o qual defende a substituição do termo *ressocialização* (que denota estado de passividade do sujeito que se quer “ressocializar”, enquanto é tido como “mau”, diante da posição ativa da instituição, esta, encarada como “boa” no contexto) pelo termo *reintegração*, que traz a ideia de inserção desse sujeito no processo de cumprimento da sanção a que foi submetido, bem como de igualdade entre este e as instituições envolvidas na proposta. Em seus termos, aponta que assim o é porque a *reintegração* requer a “abertura de um processo de comunicação e interação entre a prisão e a sociedade, no qual os cidadãos reclusos se reconheçam na sociedade e esta, por sua vez, se reconheça na prisão” (BARATTA, 2007, p. 3).

Pois bem, o Programa Portas Abertas constitui-se de ações em duas vertentes: *a)* da realização mensal de audiências concentradas na Unidade de internação da Comarca de Petrolina; as quais contam com a presença do Magistrado, do Promotor de Justiça, do Defensor Público e da equipe técnica psicossocial da unidade; *b)* da articulação com a Unidade e instituições parceiras, no sentido de oferecer aos adolescentes possibilidades de profissionalização e empregabilidade.

Nas audiências concentradas, os casos são analisados individualmente, e têm como base os relatórios de acompanhamento referentes a cada adolescente. Nessas ocasiões, a equipe técnica psicossocial da unidade, tanto auxilia o Magistrado, o Promotor e o Defensor Público no processo de avaliação, no que diz respeito ao subsídio das informações sobre os casos de manutenção, progressão ou extinção da medida; quanto mantém estreita a relação entre a instituição, o adolescente e suas famílias, orientando-os sobre a importância de suas participações nas atividades culturais, de inclusão escolar e profissionalizantes, preparando-os, conseqüentemente, para o retorno à sociedade.

Quanto à dinâmica de inserção dos adolescentes internos em cursos profissionalizantes e atividades culturais, são concretizadas parcerias com diversos setores da sociedade, sendo que, no período pesquisado, eram parceiras as seguintes instituições, com os respectivos cursos/atividades: SEST/SENAT (cursos: frentista abastecedor, mecânica de moto), Banco UNICRED (curso: Camerata de Cordas – curso de instrumentos musicais), BE-A-BYTE (cursos: Windows 07, informática básica), IF/Sertão (cursos: auxiliar técnico em agropecuária, técnica vocal, operador de computador), Central de Cursos (curso: fabricação de *cupcakes*), COMPESA (curso: encanador), SENAI (cursos: padeiro, panificação, lancheteria, sabonetes artesanais, pedreiro de revestimento, eletricista, pintura predial), bem como a própria FUNASE (cursos: manutenção em computadores, informática básica).

Pois bem, para se avaliar os resultados práticos do mencionado Programa, foram analisados dados relativos às ações deste, correspondentes ao período de 2013 a 2016, os quais foram disponibilizados pela equipe da FUNASE/CASE da Comarca de Petrolina. Tais dados se apresentam na tabela 1, quantificados em números inteiros e, na tabela 2, em termos percentuais, tomando como base o total de adolescentes atendidos em audiência.

As variáveis analisadas na pesquisa foram: quantidade de adolescentes atendidos em audiências concentradas, quantidade de adolescentes inseridos em cursos profissionalizantes e no mercado de trabalho, quantidade de medidas extintas, progredidas e mantidas nas ocasiões de audiências concentradas e quantidade de reincidências ocorridas no período analisado.

Tabela 1: Análise por ano do quadro de internos na unidade da FUNASE/CASE de Petrolina, em números inteiros.

Ano	Adolescentes atendidos em audiências concentradas ³	Adolescentes matriculados em cursos profissionalizantes	Adolescentes inseridos no mercado de trabalho	Extinções de medidas em audiências concentradas	Progressões de medidas em audiências concentradas	Manutenções de medidas em audiências concentradas	Quantidade de reincidências
2013	81	Todos	30	35	16	30	9
2014	104	Todos	40	55	2	47	10
2015	90	Todos	28	36	12	42	5
2016	108	Todos	53	31	22	55	7

Fonte: FUNASE/CASE – Unidade de Petrolina / Dados adaptados pelos autores⁴

Tabela 2: Análise por ano do quadro de internos na unidade da FUNASE/CASE de Petrolina em números percentuais.

Ano	Adolescentes matriculados em cursos profissionalizantes	Adolescentes inseridos no mercado de trabalho	Extinções de medidas em audiências concentradas	Progressões de medidas em audiência concentrada	Manutenções de medidas em audiências concentradas	Quantidade de reincidências
2013	100%	37%	43,2%	19,7%	37%	11,1%
2014	100%	38,4%	52,8%	1,9%	45,1%	9,6%
2015	100%	31,1%	40,1%	13,3%	46,6%	5,5%
2016	100%	49%	28,8%	20,3%	50,9%	6,4%

Fonte: FUNASE/CASE – Unidade de Petrolina / Dados adaptados pelos autores.

A partir do quadro apresentado, a pesquisa resulta em uma avaliação positiva de quatro fatores, assim categorizados: profissionalização, empregabilidade, extinção/progressão da medida privativa de liberdade e redução no índice de reincidência em atos infracionais graves.

Com relação à *profissionalização*, constatou-se que todos os adolescentes ingressos na unidade para cumprimento da medida de internação foram inseridos em cursos profissionalizantes, sendo, em muitos casos, que um mesmo adolescente estava matriculado em mais de um curso. Dado ligeiramente relacionado

³ As audiências concentradas são realizadas mensalmente na Unidade, totalizando 12 audiências por ano.

⁴ Quanto ao total de adolescentes inseridos no mercado de trabalho, a Unidade estabeleceu divisão entre trabalho formal e informal, divisão essa que foi desconsiderada na pesquisa. Com relação à quantidade de adolescentes matriculados em cursos profissionalizantes, a Unidade informou o número total de matrículas efetivadas, sendo, no quadriênio: 125, 147, 197 e 117, respectivamente; de modo que todos os adolescentes estiveram matriculados em cursos e, alguns, em mais de um curso.

ao fator *empregabilidade*. Nesse ponto, verificou-se que a quantidade de adolescentes inseridos no mercado de trabalho (desenvolvendo alguma atividade laboral, formal ou não formal), em todos os anos do período pesquisado, ultrapassou um terço do número total de adolescentes que foram atendidos em audiência no respectivo ano.

Outra constatação, a partir da análise dos dados, foi no tocante ao total de manutenção de medidas nas ocasiões das audiências concentradas. Nos anos de 2013, 2014 e 2015, o número de adolescentes que permaneceram em medida privativa de liberdade após as audiências esteve abaixo de 50%, ou seja, o fator *extinção/progressão da medida privativa de liberdade* superou a quantidade de permanências de adolescentes em meio fechado.

No mesmo sentido, restou clara a *redução no índice de reincidência em atos infracionais graves*, quando se vê que o total percentual passou de 11,1% para 6,4% no quadriênio analisado. Com efeito, embora não se possa demonstrar, concretamente, as razões dessa não reincidência (que podem ser atribuídas ao alcance da maioridade, à mudança de residência do adolescente para outra comarca, dentre outros motivos), o fato de não retornar à internação, pode indicar, em um universo de resultados possíveis, a volta do adolescente ao convívio social sem a reiteração da prática de ato infracional, denotando sua reintegração social.

Embora a pesquisa tenha se voltado a analisar os anos de 2013 a 2016, é válido ressaltar que, visando acompanhar de forma individualizada o adolescente egresso do sistema privativo de liberdade, no mês de maio de 2017, instituiu-se, como ação subsidiária do Programa Portas Abertas, um subprojeto, denominado “Apadrinhamento Protetivo”.

Este consiste no acompanhamento do adolescente por um agente de proteção, integrante do quadro de agentes da Vara Regional da Infância e Juventude; o qual auxilia até 03 (três) adolescentes, por um período de 90 (noventa) a 120 (cento e vinte) dias, devendo elaborar relatório mensal, de acordo com modelo fornecido pela Vara da Infância, com informações sobre a situação escolar e comportamental do acompanhado, bem como sobre quaisquer outras situações que digam respeito à garantia de seus direitos. Os relatórios produzidos são enviados ao magistrado para conhecimento e diligências que, porventura, mostrem-se necessárias a cada caso.

CONCLUSÃO

Na seara da proteção integral, em que criança e adolescente são tratados em suas particularidades sob o prisma de pessoa em peculiar condição de desenvol-

vimento, inclusive, no modo com o qual lhe são atribuídas as responsabilizações por seus atos, uma questão tornou-se de fundamental relevância nesse contexto: como são atribuídas aos adolescentes tais responsabilizações, como estes são tratados, o que fazem e/ou produzem durante referido processo, e quais são, na prática, os resultados advindos desse processo.

Conforme se discutiu ao longo deste trabalho, dentre as medidas socioeducativas elencadas pelo ECA, a que possui maior grau de rigidez é a de internação. Esta, embora privativa da liberdade do adolescente, não tem em tal privação sua finalidade, mas o meio para a efetivação de sua reintegração à sociedade, ao passo em que o insere em estabelecimento educacional próprio para a consecução de atividades pedagógicas e outras contributivas para o que se pretende ao final.

Com efeito, tomando como base o Programa Portas Abertas, da Vara Regional da Infância e Juventude da Comarca de Petrolina, analisou-se como é o processo de execução de medida dos adolescentes internos na FUNASE/CASE da Comarca, a fim de aquilatar, ao final, se tem a medida de internação produzido efeitos práticos no sentido de reintegrar o adolescente à sociedade ou se referida medida de trata de instrumento meramente simbólico, sendo aplicado apenas em cumprimento ao mandamento legal.

Em primeiro momento, percebeu-se que, de fato, são observados os princípios que regem a medida de internação, sobretudo o da *brevidade*, verificado quando da realização mensal de audiências concentradas na Unidade. Em seguida, ficou evidente que, na Comarca, a internação não se constitui como mero cerceamento da liberdade do adolescente, mas como meio para se efetivar a persecução do objetivo principal do instituto: oferecer-lhe oportunidades para, de forma ativa, reintegrar-se ao meio social.

Por fim, mas em igual nível de importância, apresentaram-se os resultados práticos, por meio dos dados coletados, categorizados em quatro fatores positivos, quais sejam: a não permanência do adolescente em meio fechado por longo período, a boa quantidade de adolescentes matriculados em cursos profissionalizantes, o considerável número de internos inseridos no mercado de trabalho e, principalmente, a redução do número de reincidência em atos infracionais graves, fatores esses diretamente ligados à reintegração social do adolescente.

É nesse sentido que se mostram positivas as práticas do Programa Portas Abertas, na medida em que trazem para o adolescente a possibilidade de novas perspectivas de vida, colocando-o como sujeito ativo, participante e coautor de um processo (durante o cumprimento da medida de internação) que não apenas objetiva, mas o faz caminhar, ele próprio, na direção da sua reintegração social.

REFERÊNCIAS

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. A criança e o adolescente em conflito com a lei. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, v. 4, n. 5, p. 215-262, 1998.

BARATTA, A. (2007). *Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado*. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/baratta_ressocializacao.pdf> Acesso em 02/10/2017

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Vade mecum*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Vade mecum*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. *Vade mecum*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Medida Privativa de Liberdade. In: CURY, Munir (coord). *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2008. p. 451.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da; MÉNDEZ, Emílio García. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DIGIÁCOMO, M.; DIGIÁCOMO, I. *Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado*. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2010.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Malheiros, 2003

_____. *Processo Penal: a garantia da legalidade na execução da medida socioeducativa*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). *Pesquisa Social*. Teoria, método e criatividade. 18 ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

PÁDUA, Elisabete Matallo Marchezine de. *Metodologia da pesquisa: abordagem teórico-prática*. 2. ed. Campinas: Papirus, 1997.

PAIVA, Joseane Nadir da Mata. *Reconstruindo histórias: vivências de adolescentes em Liberdade Assistida na Comarca de Muriaé/MG*. Orientadora: Ilda Lopes Rodrigues da Silva. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Serviço Social - 2008. – Disponível em: http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0510671_08_cap_03.pdf - Acesso em 11/09/2017.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 144p.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: a doutrina da proteção integral e o estatuto (Lei 8.069/90)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

RAMOS, Fábio Pestana. Os problemas enfrentados no cotidiano das navegações portuguesas da carreira da Índia: fator de abandono gradual da rota das especiarias. *Revista História*. São Paulo: Editora Abril Cultural, vol. XXIV, n. 137, dez/1997.

ROSA, Alexandre Moraes da. Imposição das medidas socio-educativas. In: *Justiça, Adolescente e Ato Infracional*, 2006 – Instituto Latino Americano das 114 Nações Unidas (ILANUD). Disponível em http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/ilanud/book_just_adol_ato_infrac.pdf Acesso em: 11/09/2017.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Lei 8.069/90: Artigo por artigo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 4. ed. rev. atual. Incluindo o Projeto do SINASE e Lei n 12.010/2009 – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SPOSATO, Karyna Batista. Gato por lebre: a ideologia no estatuto da criança e do adolescente. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 14, n. 58, p. 133-151, 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Temas de Direito da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1997.

VOLPI, Mario. *O adolescente e o ato infracional*. São Paulo: Cortez, 1999.

_____. *Sem liberdade, sem direitos: a experiência de privação de liberdade na percepção dos adolescentes em conflito com a lei*. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. (Org.). *O adolescente e o ato infracional*. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS NO PARAGUAI: MARCOS NORMATIVOS E A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO PRAGMÁTICO-SOCIAL DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

THE CONSTITUTIONAL PROTECTION OF MINORITIES IN PARAGUAY: REGULATORY FRAMEWORKS AND THE SEARCH FOR THE PRAGMATICAL-SOCIAL EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES

Michelle Asato Junqueira

Doutora e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Constitucional com Extensão em Didática do Ensino Superior. Professora dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação Lato Sensu. Pesquisadora e Membro Efetivo dos grupos CNPq “Políticas Públicas como Instrumento de Efetivação da Cidadania” e “Estado e Economia no Brasil”. Vice-líder do grupo de estudos “Direitos da Criança e Adolescente no século XXI”. Coordenadora de Pesquisa e TCC da UPM

Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci

Pós-Doutoranda em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos – IGC da Faculdade de Direito de Coimbra Pós- Doutora em Direito e Comunicação pela Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo (ECA/USP). Pós-Doutora em Direito Trabalho e Direitos Humanos pelo Centro de Estudos Avançados da Universidade Nacional de Córdoba, Argentina. Doutora e Mestre pela PUC/SP. Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdades Metropolitanas Unidas e Estudos de Problemas Brasileiros pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Graduada em Jornalismo pela Faculdade de Comunicação Social Cásper Líbero e em Direito pela UPM. Professora em Tempo Integral da Faculdade de Direito da UPM. Professora no Curso de Graduação em Direito da Universidade São Judas Tadeu. Participante do Grupo de Pesquisa Mulher, Sociedade e Direitos Humanos e Líder do Grupo de Estudos “Direitos da Criança do Adolescente no Século XXI”, ambos da Faculdade de Direito da UPM

Andrea Boari Caraciola

Pós-Doutoranda pela Universidade de Lisboa. Pós-Doutora em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos – IGC da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutora em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora adjunta de Direito Processual Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Líder do grupo de pesquisa (CAPES – CNPQ) “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo”. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO). Advogada em São Paulo

Submetido em: 17/12/2018

Aprovado em: 27/12/2018

Resumo: O presente ensaio tem por objetivo refletir sobre a proteção constitucional das minorias no Paraguai, país pertencente à América do Sul e integrante originário do Mercosul, e as interfaces entre o plano dogmático teórico previsto na Constituição e sua efetivação na práxis social.

Palavras-chave: Constituição Paraguaia; Proteção; Minorias; Vulnerabilidade.

Abstract: *The purpose of this essay is to reflect on the constitutional protection of minorities in Paraguay, a country belonging to South America and a member of Mercosur, and the interfaces between the theoretical dogmatic plan established in the Constitution and its effectiveness in social praxis.*

Keywords: *Constitution of Paraguay; Protection; Minorities; Vulnerability.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Constituição democrática ainda que tardia. 3. Minorias: conceito no contexto social paraguaio. 3.1 Raça. 3.2 Infância. 3.3 Orientação sexual. 3.4 Pessoas com deficiência. 3.5 Religião. 4. Mulheres e organizações sociais: binômio indissolúvel para a concretização constitucional paraguaia. 5. Indígenas como minoria: fortalecimento constitucional e invisibilidade social. As duas faces de uma ancestral história. 6. Constitucionalização simbólica: fenômeno recorrente? Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A poesia de Elvio Romero¹, no rodapé consignada, foi publicada no livro *El sol bajo las raíces*, de 1955, e traduz - em certa medida - o sentimento reinante entre a população do Paraguai, ávida pelos ventos da libertação, própria de um povo e de um país que teve, na história da América Latina, o regime ditatorial mais duradouro, iniciando em 1954 até o ano de 1989.

O ditador Alfredo Stroessner tomou o poder em 1954 e governou até o ano de 1967 sob a égide da Constituição de 1940. Em 1967, Stroessner convoca uma Assembleia Constituinte, o que culmina na edição de uma Constituição autoritária, que previa, entre outros ditames, a ampla atuação do Poder Executivo e a possibilidade de reeleição do presidente por dois mandatos consecutivos e permaneceu até o ano de 1989, derrubado por um golpe de Estado liderado

¹ "Preso a madeiros em cruz,/um homem quieto/ sobre os dois paus de uma cruz/ e cordas entre os ossos./ E, abaixo, o vento./ Minha terra acaso atada/ como um tambor de couro/ sobre os dois paus/ de uma cruz./ Em frente, o vento./ A pátria inteira no chão/ sobre os dois paus de uma cruz./ E, em cima, o vento". (*Água forte*). Elvio Romero (1926-2004), poeta paraguaio, foi militante comunista na juventude. Combateu na Guerra Civil que arrasou a sociedade paraguaia em 1947 e acabou desencadeando um processo político que levou ao poder Alfredo Stroessner, Presidente do Paraguai entre 1954 e 1989.

por Andrés Rodríguez. O ditador foi expulso e exilado no Brasil², onde viveu até a morte.

2 CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA AINDA QUE TARDIA

Os mais de 45 anos de Ditadura fizeram surgir no final da década de 80 os clamores populares para o estabelecimento de uma nova Constituição. Neste cenário, foram encaminhadas mais de 120 propostas cidadãs à Convenção Nacional Constituinte instituída em 1991, havendo, entre elas, núcleos comuns de reivindicação, em especial, a proteção às garantias e aos direitos fundamentais e a necessária atenção às necessidades dos indígenas e das mulheres.

A Constituição vigente no Paraguai foi promulgada em 20 de junho de 1992, é o sexto texto constitucional desde a Independência e substitui a Constituição de 1967 que, à exemplo do Brasil, foi fruto da ditadura militar. Na tentativa de resgate da democracia, tem por fundamento a dignidade humana e como objetivos assegurar a liberdade, a igualdade e a justiça, reafirmando-se princípios de democracia republicana, representativa, participativa e pluralista. Denota-se claramente a opção do Constituinte Paraguaio pelo enaltecimento do princípio da solidariedade, como forma de coesão social, efetivamente demarcado ao longo de diversos artigos constitucionais.

Em seu texto estão presentes mais de 25 artigos que disciplinam direitos e atribuições que a sociedade dispõe em conjunto com o funcionamento da Administração Pública, os chamados mecanismos de participação popular e controle social por meio de ações de iniciativa popular e petição pública, voltados aos direitos de igualdade, soberania da população, direito ao sufrágio e *referendum*, dotado ou não de caráter vinculante. O controle social está previsto constitucionalmente diante da organização popular, que resulta em ações de iniciativa popular e petição pública, diante assuntos de interesse público dispostos pelo menos em quatro artigos da Constituição.

Ainda, o texto constitucional paraguaio efetua uma diferenciação clara entre **reforma** da Constituição e **emenda** da Constituição. Em seu art. 289, determina que a **reforma** da Constituição somente poderá ser procedida após dez anos de sua promulgação. Uma vez declarada a necessidade da reforma, o Tribunal Superior de Justiça Eleitoral chamará a eleição dentro do prazo de 120 dias. De outro lado, a Constituição, em seu art. 290, estabelece a possibilidade de **emenda** à Constituição, após três anos de sua promulgação, mediante iniciativa da quar-

² Referido exílio traz compromissos até hoje ao Brasil em relação às relações diplomáticas com o Mercosul.

ta parte dos legisladores, do Presidente da República ou de 30% dos eleitores. O texto íntegro da emenda deverá ser aprovado por maioria absoluta nas duas Câmaras. Após, o texto é enviado ao Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, para que convoque um *referendum*. Estabelece a norma, ainda, que não poderá ser utilizado o procedimento de **emenda** para aquelas disposições dos capítulos I, II, III e IV do título II, da parte I (o título II mencionado refere-se aos direitos e às garantias fundamentais). Assim sendo, no sistema constitucional do Paraguai, os direitos fundamentais igualmente encontram-se protegidos por uma cláusula impeditiva de modificação ou supressão por meio do processo denominado “emenda constitucional”, havendo necessidade de o procedimento de reforma da Constituição ter aprovação popular (SCHAFER, 2016).

Oportuno ressaltar que há disposição expressa no art. 131 delegando à legislação infraconstitucional o poder de regulamentar a eficácia dos direitos fundamentais, mas também garantindo aos cidadãos o uso de remédios constitucionais tais como *Habeas-corporis* (art. 133) ação de amparo (prevista no art. 134, equiparável ao mandado de segurança, podendo ser oposta à particular) e *Habeas-data* (art. 135).

Assim como no Brasil, há na Constituição do Paraguai previsão explícita da função do Poder Judiciário como guardião do Texto Supremo.

3 MINORIAS: CONCEITO NO CONTEXTO SOCIAL PARAGUAIO

A Constituição do Paraguai utiliza-se literalmente da expressão “minorias” em três situações distintas:

*Artículo 77 - DE LA ENSEÑANZA EN LENGUA MATERNA La enseñanza en los comienzos del proceso escolar se realizará en la lengua oficial materna del educando. Se instruirá asimismo en el conocimiento y en el empleo de ambos idiomas oficiales de la República En el caso de las **minorías** étnicas cuya lengua materna no sea el guaraní, se podrá elegir uno de los dos idiomas oficiales.*

*Artículo 140 - DE LOS IDIOMAS El Paraguay es un país pluricultural y bilingüe. Son idiomas oficiales el castellano y el guaraní. La ley establecerá las modalidades de utilización de uno y otro. Las lenguas indígenas, así como las de otras **minorías**, forman parte del patrimonio cultural de la Nación.*

Artículo 193 - DE LA CITACIÓN Y DE LA INTERPELACION Cada Cámara, por mayoría absoluta, podrá citar e interpelar individualmente a los ministros y a otros altos funcionarios de la Administración Pública, así como a los directores y administradores de los entes autónomos, autárquicos y

*descentralizados, a los de entidades que administren fondos del Estado y a los de las empresas de participación estatal mayoritaria, cuando se discuta una ley o se estudie un asunto concerniente a sus respectivas actividades. Las preguntas deben comunicarse al citado con una antelación mínima de cinco días. Salvo justa causa, será obligatorio para los citados concurrir a los requerimientos, responder a las preguntas y brindar toda la información que les fuese solicitada. La ley determinará la participación de la mayoría y de la **minoría** en la formulación de las preguntas. No se podrá citar, interpelar al Presidente de la República, al Vicepresidente ni a los miembros del Poder Judicial, en materia jurisdiccional.*

Depreende-se dos citados dispositivos que a República Paraguaia reconhece a existência de uma minoria étnica, no caso a indígena, que, inclusive, faz uso de outro idioma, que integra, todavia, o seu patrimônio cultural; que há outras minorias, bem como que, sejam quais forem as minorias, elas precisam participar da esfera política, ainda que tal participação deva ser regulamentada por lei infraconstitucional.

Partimos, assim, do pressuposto de que o Paraguai resguarda constitucionalmente a proteção de minorias.

Caberá a análise de como a proteção ocorre e a sua efetividade no contexto atual paraguaio, utilizando-se o presente artigo da metodologia hipotético-dedutiva, por meio da abordagem qualitativa.

O conceito de minoria que, à primeira vista, pode se ligar ao conceito numérico, logo exige que a discussão se amplie, como, por exemplo, com a Comissão de Direitos Humanos da ONU, em 1947, que assume a função de elaborar estudos para a prevenção de discriminação e proteção das minorias e, ainda, em 1966, quando o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi emendado para novamente fazer constar a proteção das minorias, o que culminaria, em 1992, com a elaboração da Declaração sobre os Direitos de Pessoas que pertencem a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas ou Linguísticas (RIOS JUNIOR, 2013, p.18-19).

Em sendo assim, a difícil conceituação traz à tona que a identificação depende do contexto social e histórico de cada localidade, levando à supervalorização do critério da autoidentificação ou autoatribuição, tal como sugerido pela Convenção nº 169 da OIT.

A dificuldade, muitas vezes, na proteção de minorias está em se estabelecer critérios para sua identificação. Língua e religião são critérios comumente utilizados que, todavia, podem ser alterados. Por outro lado, critérios geográficos são também insuficientes quando, por exemplo, estamos tratando de tribos nômades indígenas. O certo é que o que se leva em conta é o critério da vulnerabilidade,

sob uma ótica qualitativa, que deve ser compensado pelo ordenamento jurídico adequado, analisando-se cultura, etnia, língua, classe social etc. (RIOS JUNIOR, 2013, p.18-19).

Para José Reinaldo Lima Lopes, o conceito de minoria está ligado à vitimização de um determinado grupo por um tipo específico de lesão ou dano, submetendo-o a um papel subalterno, fruto de alguma forma de espoliação, violência, crueldade, expropriação. Note-se que não se trata de um conceito numérico, pois pode acontecer de uma minoria numérica controlar uma maioria, colocando-a em uma posição de subordinação em relação a uma elite, como ocorre em uma oligarquia. Neste caso, a maioria torna-se vítima de uma ação ou situação em que lhe são negados recursos de poder, tornando-a mais fraca, vulnerável. Daí a ligação entre o conceito de minoria (não no sentido numérico) e grupo vulnerável. A vulnerabilidade é uma característica relevante para a formação dos grupos minoritários mercedores de uma proteção diferenciada e ela se agrava quando a vítima pertence a um grupo que, por tradição, costume ou preconceito, tem mais dificuldade de acesso a direitos ou recursos de poder existentes na sociedade, tal como as mulheres, os negros, os homossexuais, as minorias religiosas, os imigrantes, os povos indígenas etc. (DUARTE, 2013, p.36).

A fundamentação para a proteção das minorias encontra-se na incessante busca pela igualdade material, inafastável nos Estados que assumem a qualidade de Democrático e Social de Direito. “A razão de existir do princípio da igualdade é o combate à discriminação. Especialmente à discriminação dos mais fracos, diante de situações que os coloquem em posição de injusta desvantagem na vida social” (RIOS JUNIOR, 2013, p.100).

Ocorre que, em muitos casos, especialmente nos Estados Latino-americanos, o reconhecimento tardio de direitos individuais, na concepção clássica de concessão e proteção de direitos, dificultou o reconhecimento do coletivo, afastando a proteção de grupos diferentes e minoritários.

A questão é que se deve proteger o direito das minorias, de forma que as minorias deixem de ser minorias e tenham os direitos reconhecidos de forma igualitária. Não significa deixar de lado as suas características específicas, mas se afastar da condição de vulnerabilidade. Além disso, as minorias devem ser vistas como parcela do povo e, portanto, titulares do Poder Constituinte, o que se conclui que o reconhecimento dos seus direitos deve, naturalmente, ser concebido pelo Estado.

A justiça social, objetivo do Estado Social, requer não apenas reconhecimento, mas também redistribuição, já que a combinação destes elementos é pri-

mordial: um não existiria sem o outro para a concretização do objetivo (FRASER, 2010, p. 168).

O Paraguai constitui-se em uma República Democrática Representativa e destina um capítulo específico para tratar da igualdade de direitos a todos os seus habitantes (arts. 46 a 48). Expressamente também menciona a proibição de escravos.

No que se refere aos Tratados Internacionais, a Constituição prevê que após a aprovação por lei no Congresso, eles passam a integrar o ordenamento jurídico do país, ocupando o segundo degrau na ordem hierárquica das normas, ou seja, abaixo da Constituição, mas superior às demais leis infraconstitucionais (art. 137).

Assim, vale citar, conforme quadro que abaixo se apresenta, as datas de ratificação de tratados, convenções e pactos internacionais entre os países do Mercosul (PITANGUY; HERINGER, 2001, p. 25-26):

Instituto	Ano de aprovação na ONU/OEA	Ano de ratificação ARGENTINA	Ano de ratificação BRASIL	Ano de ratificação CHILE	Ano de ratificação PARAGUAI	Ano de ratificação URUGUAI
Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio	1948	1956	1948	1953	1948	1967
Convenção para a supressão do tráfico de pessoas e exploração da prostituição	1949	1957	1958	Não ratificou	Não ratificou	Não ratificou
Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados	1951	1961	1960	1972	1969	1970
Convenção para os Direitos Políticos da Mulher	1952	1961	1963	1967	1990	1981
Convenção para Matrimônio	1964	1970	1970	1970	Não ratificou	Não ratificou
Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial	1965	1968	1968	1971	Não ratificou	1968

Instituto	Ano de aprovação na ONU/OEA	Ano de ratificação ARGENTINA	Ano de ratificação BRASIL	Ano de ratificação CHILE	Ano de ratificação PARAGUAI	Ano de ratificação URUGUAI
Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais	1966	1986	1992	1989	1992	1970
Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos	1966	1986	1992	1989	1992	1970
Convenção Americana Sobre Direitos Humanos	1969	1984	1992	1991	1989	1985
Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher	1979	1985	1984	1989	1986	1986

Depreende-se que o Paraguai é, no Mercosul, o país que deixou de ratificar o maior número de instrumentos internacionais e, também, em sua maioria, o que mais demora a proceder à ratificação. Cumpre salientar que objetivamos no presente ensaio nos deter na análise amiúde de duas minorias selecionadas, quais sejam, as mulheres e os indígenas em seus consectários legais e a efetivação das práticas sociais relativas a esses grupos. Contudo, no sentido de ofertar ao leitor uma visão mais global das minorias no Paraguai a seguir trataremos de algumas disposições constitucionais relativas a outros públicos (PITANGUY; HERINGER, 2001).

3.1 RAÇA

Quanto à discriminação de raça, a Constituição Paraguaia fala genericamente em “não discriminação”. No campo trabalhista, a ordem é “não discriminação por motivos étnicos”. Nesta linha, o Código Trabalhista expressamente proíbe discriminações ao trabalhador por motivo de raça. Não existe, porém, penalização em caso de ocorrência.

3.2 INFÂNCIA

Há proteção específica à infância. Nos termos do artigo 54, os pais têm direitos e obrigações em relação à criança, como educação e alimentação, sob pena de punição. Os filhos maiores terão assistência em caso necessário.

Prescreve que todas as crianças são iguais perante a lei e que o Estado tem a obrigação de garantir a harmonia e proteção das crianças contra o abandono, violência, abuso, tráfico e exploração e, em caso de conflito, prevalecerá o direito da criança.

Anote-se que, embora a previsão expressa, bem assim em que pese o Paraguai ter ratificado a Convenção dos Direitos da Criança (Lei nº 57/90), à exceção dela, não há definição da criança como sujeito de direito, o que pode limitar o exercício de referidos direitos.

3.3 ORIENTAÇÃO SEXUAL

A Constituição Paraguai contém disposição expressa acerca da nulidade do matrimônio contraído entre pessoas do mesmo sexo. No conceito de família, a exemplo da redação original da Constituição Brasileira, a interpretação que se extrai é a da união entre homem e mulher, seja em relação ao casamento e à união estável.

3.4 PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O artigo 58 menciona os direitos das “pessoas excepcionais”, enumerando-os: atenção à saúde, educação, recreação e treinamento profissional.

Prevê, ainda, a atuação do Estado na organização de uma política de prevenção, tratamento, reabilitação e integração dos deficientes físicos, psíquicos e sensoriais, com o fim de se promover a igualdade e compensar suas desvantagens.

A disposição citada evidencia o compromisso do Estado na promoção da igualdade material, abrindo espaço constitucional para a efetivação de políticas públicas específicas, até mesmo na forma de ações afirmativas, na medida em que reconhece as diferenças inerentes às necessidades especiais.

3.5 RELIGIÃO

No artigo 24, prescreve a Constituição Paraguaia que não há religião oficial. Contudo, proclama que “as relações entre o Estado e a Igreja Católica são baseadas na independência, cooperação e autonomia, bem como que ninguém será

incomodado, questionado ou obrigado a prestar declaração em razão de credo”. Assim, a disposição do Estado Laico permite a convivência da maioria católica com os praticantes das demais religiões.

4 MULHERES E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: BINÔMIO INDISSOLÚVEL PARA A CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL PARAGUAIA

No governo de Stroessner, o Paraguai ostentava o título de último país da América a permitir o voto feminino, fato este que ocorreu apenas em 1961. Somente após a queda do regime stronista, em 1989, as paraguaias puderam se organizar coletivamente na luta por direitos e garantias, com destaque a duas organizações: a Coordenação de Mulheres do Paraguai, formada por 11 entidades e programas, e a Multisetorial de Mulheres, hoje já extinta.

Em 1991 foi instalada a Convenção Nacional Constituinte e dos 198 integrantes, 21 eram mulheres. Por meio das organizações sociais feministas foram realizados dois fóruns de consultas específicas acerca dos direitos a serem implementados na nova Carta Magna, em especial, com ênfase na proclamação formal e material do direito à igualdade de homens e mulheres.

A despeito da quantidade de propostas rejeitadas, o texto final da Constituição paraguaia foi definitivamente permeado pelas reivindicações e argumentos feministas que não apenas assumiu uma linguagem menos sexista, como fez também consolidar algumas das principais reivindicações das mulheres organizadas desde fins do regime autoritário: dentre outras, a igualdade de direitos e obrigações sem limitações por razão de sexo, um conceito amplo e igualitário de família que, junto da primeira conquista citada, tornava inconstitucionais algumas figuras patriarcais do Código Civil stronista, o compromisso do Estado paraguaio tanto para incentivar a participação político-pública das mulheres, quanto para combater a violência de gênero constitucionalmente concebida como de âmbito familiar (SZWAKO; 2016).

A igualdade entre homens e mulheres é aclamada quanto aos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, imprimindo ao Estado a promoção desta igualdade. Especificamente, a igualdade de gênero é aclamada nas áreas trabalhista, da família e da participação política.

O artigo 117 ainda prevê maior acesso de mulheres aos cargos públicos.

Contudo, o Paraguai foi o último país do Continente a reconhecer o voto feminino (em 1961, através da Lei nº 704 e Decreto Regulamentar nº 20.243). Por outro lado, o Código Trabalhista e o Código Penal fazem referência ao “assédio sexual”. O Código de Trabalho (Lei nº 213/93), nos artigos 128 e 136, também

estabelece normas de igualdade com normas de proteção ao trabalho feminino, como na gestação e em relação ao trabalho noturno. Ainda, o Código Penal Paraguaio, o mais recente do Mercosul, de 1998, representou avanços significativos reconhecendo as mulheres como sujeitos de direitos, bem como retirando o termo “mulher honesta”.

Considerado à época um texto progressista, enfatiza Maria Berenice Dias:

A Carta Constitucional do Paraguai, que data de 1992, é de todas a de mais vanguarda. Em seu art. 46, proclama que todos os habitantes da República são iguais em dignidade e direitos, não se admitindo discriminações, sendo que no art. 48 enfatiza que o homem e a mulher têm iguais direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, acrescentando: *O Estado promoverá as condições e criará os mecanismos adequados para a igualdade ser real e efetiva, afastando os obstáculos que impeçam ou dificultem seu exercício, **facilitando a participação da mulher em todos os âmbitos da vida social.*** Explicita que o homem e a mulher têm os mesmos direitos e obrigações com relação à formação e ao desenvolvimento da família e, modo expresso (art. 52), diz que a lei regulamentará a ajuda que se deve prestar à família de prole numerosa e às mulheres cabeça de família. Também dispensa proteção especial ao trabalho das mulheres. Após proclamar que os trabalhadores de um e outro sexo têm os mesmos direitos e obrigações laborais, diz que a maternidade será objeto de especial proteção, que compreenderá os serviços assistenciais e os descansos correspondentes, os quais não serão inferiores a 12 semanas. Acrescenta que a mulher não será despedida durante a gravidez nem durante o descanso por maternidade (DIAS, 2016, p.6).

Indispensável informar outra conquista de extrema importância para o movimento de mulheres no Paraguai, com a criação legal, em 1992, da Secretaria da Mulher, com status ministerial, dentro do contexto da Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (Cedaw), ratificada pelo Paraguai em 1986.

Para Maria Inés Ferreira, diretora do Centro de Promoção da Mulher e de Gestão Social, as paraguaias tiveram um papel de destaque na democratização deste país, pois “é difícil imaginar que a democracia possa ser alcançada sem a participação ativa e consciente de 50% da população, que são as mulheres”.

Restou claro que a constitucionalização dos direitos das mulheres no Texto Magno de 1992 surgiu da luta organizada dos grupos que lideravam à época as pautas reivindicatórias, as quais passaram a entregar os mandamentos máximos do ordenamento jurídico paraguaio, em prol, principalmente da igualdade de gênero e seus consectários no mundo jurídico e social.

5 INDÍGENAS COMO MINORIA: FORTALECIMENTO CONSTITUCIONAL E INVISIBILIDADE SOCIAL. AS DUAS FACES DE UMA ANCESTRAL HISTÓRIA

Povos sem direitos. Assim, eram considerados os indígenas até a Constituição paraguaia de 1992.

Estima-se, atualmente, que a população indígena paraguaia gira em torno de 75000 a 100000 (1,8% da população), dividida em 17 grupos tribais, representando sete línguas diferentes (PITANGUY; HERINGER, 2001). Oficialmente, há 17 povos indígenas no Paraguai, representando 2% da população do país, o que totaliza 110 mil pessoas.

Contudo, segundo informações de Ricardo Moringo, da organização de Direitos Humanos Tierra Viva, o número é ainda maior, tendo em vista que a identidade étnica é estabelecida por autodefinição e os indígenas eram historicamente discriminados, ninguém se definia assim. Hoje são mais de 60 mil vivendo em total invisibilidade e precarização, pois não têm terras próprias e vivem nas ruas ou em assentamentos provisórios.

Nos artigos 62 a 67 ficam estabelecidos os direitos da comunidade indígena de participar da economia, sociedade, política e via cultural da nação. Cabe ao Ministério Público a representação indígena em questões que envolvam os direitos à vida e à propriedade.

A Constituição paraguaia dispõe textualmente acerca da proteção às terras indígenas, especialmente nos art.62 e art.64, cabendo citar:

Artículo 62 DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y GRUPOS ÉTNICOS Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo.

Artículo 64 DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo.

Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos.

É prevista a isenção quanto aos serviços sociais e militares, bem como de impostos públicos, nos termos da lei.

Do marco legal-constitucional para o mundo da práxis social, vale a pena lembrar no que diz respeito ao reconhecimento da propriedade ancestral das terras indígenas, o Paraguai esteve presente na jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em três ocasiões.

Entretanto, essas narrativas possuem traços históricos delineados logo após a guerra da Tríplice Aliança em 1870, momento em que o governo do Paraguai vendeu terras indígenas, absolutamente ocupadas, buscando recuperar recursos e reconstruir o país. As terras eram res (coisa), e eram vendidas juntamente com os índios que lá estavam, também considerados res e não titulares do status de sujeitos de direito.

Datada de 06.02.2006, a Corte julgou o caso da comunidade Yakye Axa, formada por indígenas do Chaco paraguaio, os quais estavam vivendo em situação de absoluta pobreza e miserabilidade, posto que seus territórios estavam sob o império de proprietários privados. Na decisão a Corte Internacional considerou o caráter nuclear da terra para o desenvolvimento dos povos indígenas, em razão de suas tradições e raízes antropológicas. É a partir dela que tudo se desenvolve em essência e existência digna e plena (DIAS, 2016, p.7).

No caso da Comunidade Sawhoyamaxa *versus* Paraguai, uma sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), de 29 de março de 2006, obrigava o Estado paraguaio, em um prazo de três anos, a restituir o território reclamado pela comunidade e que estava ocupado pelo proprietário de terras alemão Heribert Roedel.

A decisão condenou o Estado pela violação de direitos fundamentais da comunidade Sawhoyamaxa, que viveu mais de duas décadas fora de suas terras ancestrais usurpadas por Roedel e ordenou às autoridades que concretizem empreendimentos rodoviários e programas de desenvolvimento como forma de ressarcimento. Novamente houve a constatação de que o Estado não garantiu o direito constitucional à propriedade ancestral do povo indígena em questão, uma vez que, desde 1991, não havia dado resposta satisfatória ao processo de reivindicação territorial. Ao longo do processo, verificou-se que o Povo Sawhoyamaxa foi retirado de seus territórios e obrigado a viver às margens de rodovias: *“Dentro de las estancias ganaderas, los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa vivían en situación de pobreza extrema, caracterizada por los bajos niveles de salud y atención médica, explotación laboral y restricciones de poseer cultivos y ganado propio y de practicar libremente actividades tradicionales de subsistencia”*.

Apesar das decisões exaradas pela Corte Internacional, o Paraguai segue desrespeitando-as, e a situação é de total precariedade, cabendo citar, entre outras consequências: crianças que não podem ir à escola; crianças em busca de

alimentos para os familiares; muitos indígenas às margens das rodovias em situação de mendicância e envolvimento em acidentes constantes, tais como atropelamentos; discriminação dos homens e mulheres indígenas que são rotuladas no momento da busca pelo trabalho em razão do ingresso das ações judiciais e reclamo dos seus direitos.

Diante do cenário caótico e em busca de sensibilização mundial, a Anistia Internacional vem, desde o ano de 2009, promovendo campanhas mundiais para sensibilização sobre o problema. À frente da sensibilização, Joanna Bernie, representante da Anistia Internacional, destacou à época que:

Há países esquecidos pelo mundo e o Paraguai é um deles. A mídia não está interessada no que passa lá. Esperamos ajudar a contar a história desses povos e, a partir desta experiência, atuar em casos semelhantes em outros países". (...) Caso o Estado paraguaio siga descumprindo a sentença, a Anistia Internacional pretende acionar países que possuem acordos econômicos bilaterais com Paraguai para que, sensibilizados, eles também ajudem a influenciar na decisão do governo federal, pois o não cumprimento de uma sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem que ter um custo político para os governos, e talvez custo econômico. Vamos fazer o possível para mobilizar o maior apoio que conseguirmos (ANISTIA INTERNACIONAL, 2018).

A reunião de esforços internacionais parece ter alcançado eco, pois no dia 21 de maio de 2014, a Câmara dos Deputados do Paraguai sancionou o Projeto de Lei de Expropriação de 14.404 hectares para a restituição de parte das terras ancestrais da comunidade Sawhoyamaxa do povo indígena Enxet, na zona conhecida como Loma Porã, no Chaco ou Região Ocidental. Com a efetiva expropriação legal serão beneficiadas 156 famílias, que vivem há mais de 23 anos às margens das rodovias paraguais, às margens da cultura e às margens da dignidade.

6 CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA: FENÔMENO RECORRENTE?

É preciso conceber a Constituição como instrumento de proteção do povo e, especialmente, dos mais fracos.

A Constituição tem, por natureza, a função de proteger o povo, razão de sua existência, dos abusos do poder estatal. Ela nasce com este objetivo e, por conta disto, estrutura os poderes e organiza o Estado, dispondo, em caráter cada vez mais amplo, acerca dos direitos e garantias fundamentais.

Em sendo assim, ao reconhecermos as minorias como parcela do povo (sociedade organizada que participa das decisões políticas do Estado), a Constitui-

ção tem por dever natural resguardar o direito das minorias.

A proteção das minorias é o repensar das funções do Estado e o redimensionamento dos poderes, especialmente do Judiciário, como forma de efetivá-los e concretizá-los, na medida em que tendo o Estado, seja através de seus administradores, legisladores ou Juízes, a consciência da necessidade de sobrelevar a efetivação dos direitos de grupos minoritários, por meio de execução de políticas públicas específicas, elaboração de atos normativos voltados à facilitação da sua concretude, ou tão somente, de oferecimento de meios materiais para a realização pelos próprios integrantes, certamente estes teriam menos dificuldades para fazer valer seus direitos (RIOS JUNIOR, 2013, p.53).

Contudo, o cenário político atual paraguaio defronta-se com o caráter meramente simbólico do texto constitucional que, na realidade, não se preocupa com a efetivação da defesa das minorias. Há uma carência forte na atitude infraconstitucional de regular e conceder o direito das minorias, em especial os ameríndios e mulheres. Marcelo Neves preceitua a legislação simbólica como aquela em que, em razão da prevalência da dimensão político-ideológica, há um déficit de concreção normativa, baseando-se em Harald Kindermann, propõe uma tipologia tricotômica que, em seu entendimento, seria expressiva de seu conteúdo (NEVES, 2007, p.33).

Nesta linha das constituições simbólicas, o que se tem: (i) é um favorecimento de grupos (em geral aqueles que detêm o poder); (ii) a ilusão do cumprimento da atuação do Estado e/ou (iii) a presença de compromissos dilatatórios, fazendo com que as normas sejam de caráter meramente programático.

Como bem salienta Marcelo Neves:

[...] a legislação simbólica seria caracteriza justamente por ser normativamente ineficaz, sem que disso resultem apenas efeitos negativos, dentre os quais sobressai sua incapacidade de direção normativa das condutas. Entretanto, os efeitos positivos dessa legislação seriam essencialmente políticos e não propriamente jurídicos. [...] Enquanto a legislação simbólica atinge apenas setores específicos do sistema jurídico, a constitucionalização simbólica, pela maior amplitude do âmbito material e pessoal de vigência do Direito constitucional, atinge o núcleo do sistema jurídico, comprometendo toda a sua estrutura operacional e a sua própria autonomia/identidade (NEVES, 1996, p. 321-330).

É imprescindível a luta contínua para se transformar normas meramente programáticas em direitos públicos subjetivos de proteção e atuação positiva do Estado, seja na efetivação de direitos de liberdade, seja na promoção de direitos sociais.

A partir das transcrições acima, é possível perceber que o Brasil é o único dos três países analisados a não reconhecer o direito de propriedade comunitária das terras indígenas pelos seus povos, uma vez que o sistema brasileiro concede à União a propriedade das terras indígenas, apenas com o usufruto reservado às comunidades indígenas.

CONCLUSÃO

Em 26 de março de 1991, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai assinaram o Tratado de Assunção, com vistas a criar o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), tendo por objetivo precípuo a integração dos Estados Partes por meio da livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, do estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum (TEC), da adoção de uma política comercial comum, da coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais, e da harmonização de legislações nas áreas pertinentes.

Além dos Estados-Membros, existe a figura dos Estados Associados entre eles: o Chile (desde 1996), o Peru (desde 2003), a Colômbia e o Equador (desde 2004) e Guiana e Suriname (2013).

Em 2012, o bloco passou pela primeira ampliação desde sua criação, com o ingresso definitivo da Venezuela como Estado Parte e, em 2015, a Bolívia foi o 6º Estado-Membro a ingressar no Mercosul.

Desde sua criação, o MERCOSUL vem se aprimorando institucionalmente, sendo válido registrar a criação do Tribunal Permanente de Revisão (2002), do Parlamento do MERCOSUL (2005), do Instituto Social do MERCOSUL (2007), do Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos (2009), bem como a aprovação do Plano Estratégico de Ação Social do MERCOSUL (2010) e o estabelecimento do cargo de Alto Representante-Geral do MERCOSUL (2010).

Entre os princípios vigentes estabelecidos no art. 1º do Tratado de Assunção estão: a livre circulação de bens, serviços e fatores de produção entre os países do bloco; estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial conjunta em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes; compromisso dos Estados Parte em harmonizar a legislação nas áreas pertinentes, a fim de fortalecer o processo de integração.

Neste cenário, pautado pela integração e solidariedade dos países membros e associados do Mercosul, cabe citar o papel do Fórum da Sociedade Civil nas Américas na implementação dos direitos já conquistados e aprimoramento de

mecanismos para práticas inovadoras no âmbito também das organizações da sociedade civil.

As organizações da sociedade civil nos quatro países que compõem o Mercosul e também no Chile possuem longa tradição de mobilização social e luta pela garantia e proteção dos direitos humanos. A articulação de redes e a atuação conjunta em termos regionais também vêm sendo uma experiência crescente ao longo das últimas décadas, mas merece ser ampliada em termos regionais, com maior diálogo e colaboração entre os países, em especial, no tocante aos direitos das minorias e consolidação dos direitos humanos (PITANGUY; HERINGER, 2001, p. 108).

Em primeiro lugar, cabe enfatizar a necessidade de uma troca permanente entre os movimentos e as organizações da sociedade civil que atuam em relação a temas específicos. Estas agendas anteriormente isoladas ganham uma integração crescente, com repercussões positivas para todos os campos. Da mesma forma, a releitura da situação em que se encontra o exercício de determinados direitos tendo a perspectiva de sua inter-relação com outras temáticas pode gerar mudanças importantes nas formas de luta para o pleno exercício destes direitos (PITANGUY; HERINGER, 2001, p. 108).

Urge indiscutivelmente a necessidade preemete de que as organizações da sociedade civil pressionem os governos para que as legislações atualmente existentes sejam efetivamente cumpridas, não sofram retrocesso e sejam ampliadas, em prol dos direitos das minorias e sua necessária efetivação, bem como a possibilidade de monitoramento dos direitos humanos tendo como base os tratados internacionais, e as sanções nos casos de não cumprimento dos mesmos, atuando quando se fizer indispensável órgãos como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (PITANGUY; HERINGER, 2001, p. 108).

Por derradeiro, para que não seja apenas um ordenamento simbólico, bem como decisões judiciais também eivadas apenas de simbologia, os países componentes do Mercosul devem dialogar com frequência para que os direitos já conquistados não sofram retrocessos sociais. A solidariedade do bloco é a base para tais realizações. A união é o elemento chave para a efetivação dos direitos constitucionais para a efetivação no campo pragmático-social.

Do simbólico para o efetivo. Mercosulinos, uni-vos!

REFERÊNCIAS

DIAS, Luciana Laura Carvalho Costa. *Proteção Constitucional às terras tradicionalmente ocupadas por índios – uma análise de Direito Constitucional Comparado*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/13295607>. Acesso em 03.11.2018.

DIAS, Maria Berenice. *A mulher no Mercosul*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_a_mulher_no_mercosul.pdf>. Acesso em 20.10.2018.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação por uma concepção integrada da justiça. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

JUBILUT, Liliana L.; BAHIA, Alexandre G. M. Franco e MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito à diferença*. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista de informação legislativa*, v. 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996.

PITANGUY, Jacqueline; HERINGER, Rosana. Direitos Humanos no Mercosul. *Cadernos Fórum Civil*. Ano 3, n. 4, p.25-26, 2001.

RIOS JUNIOR, Carlos Alberto dos. *Direito das Minorias e limites jurídicos ao poder constituinte originário*. São Paulo: Edipro, 2013.

SCHAFER, Jairo Gilberto. *As garantias dos Direitos Fundamentais, inclusive os judiciais, nos países do Mercosul*. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo13.htm>>. Acesso em 20.10.2018.

SZWAKO, José. *Lós aos Dora dos Del feminismo contemporâneo em Paraguai: La Multisectorial y la CMP entre 1989 y 1992*. Disponível em: <http://www.academia.edu/2453774/Los_a%C3%B1os_dorados_del_feminismo_contempor%C3%A1neo_en_Paraguay_La_Multisectorial_y_la_CMP_entre_1989_y_1992>. Acesso em 12.10.2018.

LINHA EDITORIAL

FOCO E ESCOPO

Destinada à difusão do conhecimento científico e ao fortalecimento e aprofundamento dos vínculos entre acadêmicos, docentes e pesquisadores, a *Revista Direito UFMS* se encontra permanentemente aberta ao recebimento de trabalhos científicos com as mais diversas abordagens teóricas, práticas e metodológicas, inclusive interdisciplinares, que se enquadram no eixo temático *Direitos Humanos e Fundamentais*. Nesse sentido, o periódico científico aceita contribuições que identificam tais direitos e a maneira pela qual se materializam, que enfrentam as noções de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania, democracia e justiça social, bem como tecem análises sobre os mais diversos mecanismos jurídicos, sociais e políticos de garantia desses direitos nos planos internacional e interno.

SUBMISSÃO

Os trabalhos são recebidos em fluxo contínuo e devem ser encaminhados pelo endereço eletrônico <http://seer.ufms.br/index.php/revdir>.

FORMATAÇÃO

Os **artigos científicos**, sem a identificação do (s) autor (es), devem obedecer às normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) e deverão possuir os seguintes requisitos: a) Título em português e inglês: centralizado na página, letra maiúscula (caixa alta), negrito; b) Resumo de até 500 palavras em português e inglês: espaço simples, fonte 12, justificado; c) 03 (três) a 05 (cinco) palavras-chave em português e inglês, separadas por ponto e vírgula; d) Sumário (Introdução, desenvolvimento, conclusão e referências), com elementos numerados em algarismos arábicos, com exceção da introdução, conclusão e referências, que não devem vir numeradas; e) Número de laudas: 15 a 25 páginas; f) Os artigos

devem ser digitados em: - Editor de texto: Microsoft Word - Formato: A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical - Fonte: Times New Roman - Tamanho: 12 - Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas - Espaçamento entre linhas: 1,5 cm - Parágrafo: 1,25 cm - Margens: Superior e esquerda -3 cm; Inferior e direita -2 cm; g) As referências às obras citadas devem seguir o sistema de referência numérica em nota de rodapé em fonte tamanho 10. h) As transcrições com até 03 (três) linhas, no corpo do artigo, devem ser encerradas entre aspas duplas. Transcrições com mais de 03 (três) linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com fonte 11 e sem aspas; i) Ao final do texto, nas Referências deverão constar, exclusivamente, as obras citadas no artigo, uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT. As **resenhas críticas**, sem identificação do (s) autor (es) devem conter: a) Entre 02 a 10 laudas; b) Título e subtítulo (= artigo); c) As resenhas devem ser digitadas em: - Editor de texto: Microsoft Word - Formato: A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical - Fonte: Times New Roman - Tamanho: 12 - Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas - Espaçamento entre linhas: 1,5 cm - Parágrafo: 1,25 cm - Margens: Superior e esquerda -3 cm; Inferior e direita -2 cm; d) A referência bibliográfica do material resenhado deve ser apresentada antes do texto da resenha; e) O corpo do texto deverá ser iniciado três linhas abaixo da referência bibliográfica do material resenhado; f) Os demais textos citados na resenha deverão aparecer em referência completa ao final da mesma e devem atender aos padrões da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

AVALIAÇÃO

Todos os trabalhos submetidos são avaliados, em primeiro lugar, pelo editor, que examina a adequação do trabalho à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares, entre outros, considerando, ainda, o espaço

disponível para publicação. Após essa etapa, o texto é enviado a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, que garante a privacidade do (s) autor (es) e avaliadores, para que sejam analisados a sua forma e conteúdo, de acordo com os critérios previamente estabelecidos pelo Conselho Científico, e emitido o parecer a ser disponibilizado ao (s) autor (es) do trabalho. Importa destacar que os avaliadores da *Revista Direito UFMS* são doutores e docentes de diversas instituições e regiões do Brasil e exterior. Nesse sentido, no processo de avaliação, os comentários e sugestões são

enviados aos autores com vistas ao aprimoramento contínuo dos trabalhos acadêmicos e à adequação aos padrões exigidos pela revista.

DIREITOS AUTORAIS

Os trabalhos submetidos à publicação na *Revista Direito UFMS* devem ser inéditos e não devem estar sendo considerados em outro periódico. Os direitos autorais dos artigos e resenhas aceitas são cedidos à revista, que se reserva o direito de efetuar alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão e estilo da revista.