



REVISTA DE ESTUDOS

JURÍDICOS DO UNI-RN



Volume Preliminar, 2015

ISSN 2447-3871



LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE

Presidente

Dr. Manoel de Medeiros Brito

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE (UNI-RN)

Reitor

Prof. Daladier Pessoa Cunha Lima

Vice-reitora

Profa. Angela Maria Guerra Fonseca

Pró-reitora Acadêmica

Profa. Fátima Cristina de Lara M. Medeiros

Pró-reitor de Pesquisa e Pós-graduação

Prof. Aluísio Alberto Dantas

Coordenadores do Curso de Direito

Walber Cunha Lima

Alan Dias Barros

Conselho Editorial

Prof. Dr. Everton da Silva Rocha
Prof. Msc. Edinaldo Benício De Sá Junior
Prof. Dr. José Eduardo Moura
Profa. Dra. Lenice Silveira Moreira De Moura
Prof. Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Prof. Dr. Paulo Lopo Saraiva
Profa. Dra. Vânia Vaz Barbosa Cella

Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica

Terceirize Projetos Gráficos e Editoriais

Ilustração da capa:

Katia Almeida
Isabella Jamel Lauar

Revisão em línguas estrangeiras

Ana Heloisa Carvalho Xavier

Coordenação Editorial

Lenice S. Moreira de Moura

Normalização

Lenice S. Moreira de Moura

Revisão

João Maria de Lima

SUMÁRIO

EDITORIAL	6
DIREITO, ESTADO E LITERATURA: A PROPÓSITO DO LIVRO “ENSAIO SOBRE A CEGUEIRA”, DE JOSÉ SARAMAGO	7
<i>Beatriz Pereira Caldas Medeiros e Ronaldo Alencar</i>	
A ESTIGMATIZAÇÃO DA MULHER RETRATADA NA LITERATURA DE CLARICE LISPECTOR: UMA ANÁLISE DE DIREITOS CIVIS	23
<i>Isabella Jamel Lauar dos Santos e Luciana Flávia Nunes Casimiro</i>	
NÍSIA FLORESTA: UMA HUMANISTA NO SÉCULO XIX	45
<i>Ana Paula Oliveira Cacho de Santana</i>	
GESTÃO AMBIENTAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS: DA EXPERIÊNCIA SUECA A UM PLANO POLÍTICO-ESTRATÉGICO PARA O BRASIL E MUNICIPALIDADES	58
<i>Barbara Marques Putrique</i>	
EXTRAFISCALIDADE AMBIENTAL E MÍNIMO EXISTENCIAL: UMA ANÁLISE DAS NORMAS TRIBUTÁRIAS INDUTORAS COMO MEIO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO	77
<i>Carlos Augusto de Souza Barbalho</i>	
OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA: A TEORIA DO DECRESCIMENTO, O DIREITO AO CONSUMO E SEUS REFLEXOS NO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	86
<i>Mayara Fyama Nelo Ferreira</i>	
VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: UMA DISCUSSÃO ACERCA DA INEFETIVIDADE OPERANTE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	104
<i>Thaisa Rebouças Cunha Dantas e Everton da Silva Rocha</i>	
NEGRAS TERRAS: A POSSE E A PROPRIEDADE DA TERRA QUILOMBOLA BOA VISTA DOS NEGROS – PARELHAS/RN	123
<i>Maxuel Batista de Araújo</i>	
DIREITOS DA PERSONALIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DO STJ	144
<i>Augusto César Costa Bezerra e Danilo Gurgel Dávila</i>	

A COLONIZAÇÃO DA PALESTINA: A QUESTÃO DO DIREITO A TERRA E À AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS	152
<i>Luísa Scarpelli da Costa e Vânia Vaz Barbosa Cela</i>	
CONFLITOS NORMATIVOS NA APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	171
<i>Thayanne Clélia Nogueira Pinto</i>	
DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UMA ANÁLISE SÓCIO-JURÍDICA DA DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR, NA COMARCA DE NATAL/RN	195
<i>Neyber Auridéia Wanderley P. de Macedo e Vânia Vaz Barbosa Cela</i>	
DIGNIDADE HUMANA E COMPLEXIDADE: POR UM DIÁLOGO TRANSCULTURAL SOBRE OS DIREITOS HUMANOS	221
<i>Lenice S. Moreira de Moura</i>	
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA AO ATIVISMO JUDICIAL	232
<i>Vítor Emanuel Teixeira de França</i>	
UMA ANÁLISE ÉTICO-JURÍDICA DOS IMPACTOS DAS GRANDES CORPORAÇÕES NA SOCIEDADE	249
<i>Cassiene Silvério da Silva</i>	
FUNDAMENTOS DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE: SUA IMPORTÂNCIA PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	266
<i>Anderson Araújo de Medeiros</i>	
REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL E A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO CONTRIBUINTE SECUNDÁRIO: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO DIREITO COMPARADO	279
<i>Egle Karoline Martins de Azevedo</i>	

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE

Presidente

Dr. Manoel de Medeiros Brito

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE (UNI-RN)

Reitor

Prof. Daladier Pessoa Cunha Lima

Vice-reitora

Profa. Angela Maria Guerra Fonseca

Pró-reitora Acadêmica

Profa. Fátima Cristina de Lara M. Medeiros

Pró-reitor de Pesquisa e Pós-graduação

Prof. Aluísio Alberto Dantas

Coordenadores do Curso de Direito

Walber Cunha Lima

Alan Dias Barros

Conselho Editorial

Prof. Dr. Everton da Silva Rocha
Prof. Msc. Edinaldo Benício De Sá Junior
Prof. Dr. José Eduardo Moura
Profa. Dra. Lenice Silveira Moreira De Moura
Prof. Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Prof. Dr. Paulo Lopo Saraiva
Profa. Dra. Vânia Vaz Barbosa Cella

Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica

Terceirize Projetos Gráficos e Editoriais

Ilustração da capa:

Katia Almeida
Isabella Jamel Lauar

Revisão em línguas estrangeiras

Ana Heloisa Carvalho Xavier

Coordenação Editorial

Lenice S. Moreira de Moura

Normalização

Lenice S. Moreira de Moura

Revisão

João Maria de Lima

SUMÁRIO

EDITORIAL	6
DIREITO, ESTADO E LITERATURA: A PROPÓSITO DO LIVRO “ENSAIO SOBRE A CEGUEIRA”, DE JOSÉ SARAMAGO	7
<i>Beatriz Pereira Caldas Medeiros e Ronaldo Alencar</i>	
A ESTIGMATIZAÇÃO DA MULHER RETRATADA NA LITERATURA DE CLARICE LISPECTOR: UMA ANÁLISE DE DIREITOS CIVIS	23
<i>Isabella Jamel Lauar dos Santos e Luciana Flávia Nunes Casimiro</i>	
NÍSIA FLORESTA: UMA HUMANISTA NO SÉCULO XIX	45
<i>Ana Paula Oliveira Cacho de Santana</i>	
GESTÃO AMBIENTAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS: DA EXPERIÊNCIA SUECA A UM PLANO POLÍTICO-ESTRATÉGICO PARA O BRASIL E MUNICIPALIDADES	58
<i>Barbara Marques Putrique</i>	
EXTRAFISCALIDADE AMBIENTAL E MÍNIMO EXISTENCIAL: UMA ANÁLISE DAS NORMAS TRIBUTÁRIAS INDUTORAS COMO MEIO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO	77
<i>Carlos Augusto de Souza Barbalho</i>	
OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA: A TEORIA DO DECRESCIMENTO, O DIREITO AO CONSUMO E SEUS REFLEXOS NO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	86
<i>Mayara Fyama Nelo Ferreira</i>	
VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: UMA DISCUSSÃO ACERCA DA INEFETIVIDADE OPERANTE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	104
<i>Thaís Rebouças Cunha Dantas e Everton da Silva Rocha</i>	
NEGRAS TERRAS: A POSSE E A PROPRIEDADE DA TERRA QUILOMBOLA BOA VISTA DOS NEGROS – PARELHAS/RN	123
<i>Maxuel Batista de Araújo</i>	
DIREITOS DA PERSONALIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DO STJ	144
<i>Augusto César Costa Bezerra e Danilo Gurgel Dávila</i>	

A COLONIZAÇÃO DA PALESTINA: A QUESTÃO DO DIREITO A TERRA E À AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS	152
<i>Luísa Scarpelli da Costa e Vânia Vaz Barbosa Cela</i>	
CONFLITOS NORMATIVOS NA APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	171
<i>Thayanne Clélia Nogueira Pinto</i>	
DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UMA ANÁLISE SÓCIO-JURÍDICA DA DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR, NA COMARCA DE NATAL/RN	195
<i>Neyber Auridéia Wanderley P. de Macedo e Vânia Vaz Barbosa Cela</i>	
DIGNIDADE HUMANA E COMPLEXIDADE: POR UM DIÁLOGO TRANSCULTURAL SOBRE OS DIREITOS HUMANOS	221
<i>Lenice S. Moreira de Moura</i>	
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA AO ATIVISMO JUDICIAL	232
<i>Vítor Emanuel Teixeira de França</i>	
UMA ANÁLISE ÉTICO-JURÍDICA DOS IMPACTOS DAS GRANDES CORPORAÇÕES NA SOCIEDADE	249
<i>Cassiene Silvério da Silva</i>	
FUNDAMENTOS DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE: SUA IMPORTÂNCIA PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	266
<i>Anderson Araújo de Medeiros</i>	
REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL E A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO CONTRIBUINTE SECUNDÁRIO: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO DIREITO COMPARADO	279
<i>Egle Karoline Martins de Azevedo</i>	

EDITORIAL

É com grande alegria que trazemos a lume o volume preliminar da Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN, como produto das atividades de iniciação científica e de pesquisa do Curso de Direito. Esta revista representa um espaço de produção cultural na busca da interação entre ensino e pesquisa, e demonstra a consolidação institucional do Curso de Direito do UNI-RN, buscando instigar os corpos docente e discente da graduação e pós-graduação em Direito ao desafio da pesquisa como instrumento de reconstrução do Direito em face de uma sociedade em constante transformação.

Trata-se de publicação anual e eletrônica, a qual objetiva divulgar e incentivar a produção científica da comunidade acadêmica, bem como promover a reflexão do Direito, como ciência e cultura humanística, privilegiando a concepção da fenomenologia jurídica de forma sócio-histórica, plural e transdisciplinar.

O leitor poderá deleitar-se com os mais diversos debates sócio-jurídicos ora propostos, os quais enaltecem o enfoque interdisciplinar da revista, envolvendo temas de grande repercussão atual, que abrangem inovações no campo dos Direitos Humanos, da interface entre Direito e Literatura; Direito Ambiental e Tributação, Direito do Estado e Políticas Públicas; Direito Constitucional e Internacional; Direito Público e Privado; Direito e Processo Tributário.

Felicitações a todos os que conceberam e executaram a Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN. Nosso convite aos pesquisadores, acadêmicos e estudiosos do Direito que queiram integrar-se a este Projeto, através de suas leituras ou disponibilizando suas produções para veiculação nesta Revista.

Aproveitamos o ensejo para agradecer a todos os que colaboraram com a implantação da presente Revista, em especial à Reitoria do UNI-RN e à Coordenação Acadêmica do Curso de Direito, que, desde a gênese do respectivo projeto, ofertaram imensurável apoio e incentivo.

Lenice S. Moreira de Moura
Editora

DIREITO, ESTADO E LITERATURA: A PROPÓSITO DO LIVRO “ENSAIO SOBRE A CEGUEIRA”, DE JOSÉ SARAMAGO

Beatriz Pereira Caldas Medeiros¹

Ronaldo Alencar²

RESUMO

O presente artigo se constitui no fruto de uma pesquisa teórica-pura, que buscou estudar a temática da ligação entre o Direito e a manutenção da ordem social, através da atividade estatal. Para tanto, é analisada a partir do enfoque da obra “Ensaio sobre a cegueira”, do célebre escritor português José Saramago, em correlação com o pensamento filosófico social de Thomas Hobbes em seu clássico “Leviatã”. Partiu-se de uma abordagem teórica transdisciplinar, sobre o enfoque de Saramago, objetivando-se indicar de que maneira a literatura serviria como interessante instrumento para se discutir o homem, o Direito e o Estado, no intuito de demonstrar a relevância que esse mecanismo pode apresentar frente ao debate de tais questões.

Palavras-chave: Direito; Estado; Literatura.

LAW, STATE AND LITERATURE: A STUDY BASED ON “BLINDNESS”, JOSÉ SARAMAGO’S NOVEL

ABSTRACT

This article is the result of a puretheoretical research that aims at studying the connection between Law and the maintenance of social order through state activity; it is analyzed from the point of view of “Blindness”, novel by the famous Portuguese writer José Saramago, in correlation with the social philosophical thinking of Thomas Hobbes in his classic “Leviathan”. It started from an interdisciplinary theoretical approach, from Saramago’s standpoint, and it aims at indicating how literature could functionas a useful tool to discuss about Man, Law and State, in order to demonstrate the relevance that this mechanism may have against such debate issues.

Keywords: Law; State; Literature.

1 INTRODUÇÃO

Diante da importância das matérias propedêuticas no âmbito acadêmico jurídico, o presente estudo, motivado pelo sentimento de necessidade de buscar valorizar discussões que incentivem o ato de pensar o Direito, parte da análise do Direito como agente de ordem, interagindo com a figura estatal e objeto de concepções filosóficas e sociais, vislumbrando o debate de tais questões a partir da narrativa literária.

1 Discente do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. Email: bibiacaldas@bol.com.br.

2 Docente do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. Mestre em Direito Constitucional e Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Email: ronaldo_alencar@hotmail.com.

Em um primeiro momento, enfatiza-se a análise da obra “Ensaio sobre a cegueira” (1995), do renomado escritor português José Saramago, que, por meio de uma narrativa ficcional, aborda as nuances de uma cegueira atipicamente branca, contagiosa e incombustível, que culmina por acometer toda sociedade. Em suma, é a partir do desenrolar desse acontecimento que Saramago abre um precedente para se discutir a interação entre a condição humana, o Direito e o Estado.

Nesse sentido, busca-se compreender qual a proposta apresentada pela narrativa literária em debate, bem como o reflexo que o seu desenvolvimento causa quando analisado sob a percepção filosófica da própria natureza humana, mediante a quebra da força estatal, numa correlação do debate empreendido por Saramago e o pensamento de Thomas Hobbes, em seu clássico “Leviatã; ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil” (1651).

Noutro pórtico, a partir do enfoque no livro “Ensaio sobre a cegueira”, o presente estudo visa ressaltar de que maneira a literatura serviria como interessante instrumento para se discutir o homem, o Direito e o Estado. Tem-se o intuito de demonstrar a importância desse mecanismo no debate de tais questões, à medida que o Direito e a literatura encontram-se como prática interpretativa.

2 A PROPOSTA DE SARAMAGO E A CORRELAÇÃO COM O PENSAMENTO DE THOMAS HOBBS

A obra “Ensaio sobre a cegueira” (1995), do escritor português José Saramago, reflete um leque crítico de interpretações, sendo, portanto, um romance que, frente à sua subjetividade, é objeto de análise nos mais variados universos acadêmicos.

A proposta de Saramago claramente se configura na problemática da condição humana enquanto imersa em uma estrutura social, porquanto produto de um meio político. Em suma, a narrativa busca enfatizar a própria identidade humana, percorrendo, por meio de um relato ficcional, porém incisivo, os confins da sua existência.

Pode-se dizer que a trama se divide em quatro momentos, quais sejam: o aparecimento da cegueira contagiosa e atipicamente branca; o isolamento dos personagens em caráter de quarentena; a saída deste isolamento; e, por fim, o retorno da visão. No primeiro momento, percebe-se a intenção do autor em se debruçar sobre a descrição do ambiente, com o intuito de envolver o leitor no universo que servirá de contexto para o desenvolvimento da narrativa. Assim, relata (SARAMAGO, 2014, p.11):

O disco amarelo iluminou-se. Dois dos automóveis da frente aceleraram antes que o sinal vermelho aparecesse. Na passadeira de peões surgiu o homem verde. A gente que esperava começou a atravessar a rua pisando as faixas brancas pintadas na capa negra do asfalto, não há nada que menos se pareça com uma zebra, porém assim lhe chamam.

É a partir dessa descrição que o narrador introduz o leitor no acontecimento que servirá de base para todo o caminhar da linha interpretativa ofertada pelo romance, sendo esse o drama da cegueira inesperada. O primeiro personagem a ficar cego é um motorista que, em vez de, como todos os outros, prosseguir diante do sinal verde no trânsito, encontra-se totalmente paralisado

e assustado, murmurando duas palavras, que, pelos movimentos da boca, percebe-se que se trata de “estou cego” (SARAMAGO, 2014).

Ato contínuo, o motorista, mesmo desconfiado, é ajudado por um sujeito desconhecido que, de uma maneira inicialmente muito solícita, disponibiliza-se a levá-lo para casa. Nesse momento, é revelado o caráter atípico da cegueira proposta por Saramago, tendo em vista que o cego a descreve afirmando: “Pois vejo tudo branco” (SARAMAGO, 2014, p. 13).

Posteriormente, faz-se conhecer a natureza desonesta do indivíduo que propôs ajuda ao motorista, quando, ante a circunstância de vulnerabilidade desse último, furta o seu veículo, passando a ser nomeado na trama como o ladrão. Porém, desconhecendo que seu bem foi subtraído, o cego aguarda a sua esposa retornar para casa, a fim de que, diante da sua inesperada condição, alguma providência possa ser tomada.

No momento em que a narrativa conduz ao consultório médico para que a cegueira repentina possa ser examinada, o narrador introduz outros personagens ao romance. Além do cego, a mulher do cego e o ladrão, apresenta-se o velho com a venda preta, o rapazinho estrábico e a rapariga de óculos escuros.

Percebe-se que Saramago não se preocupa em dar nome aos personagens, mas os nomeia por características, o que infere que a cegueira é proposta sob uma perspectiva individual, visando ressaltar uma subjetividade. É nesse ponto que reside o debate vislumbrado sob o prisma da cegueira como instrumento reflexo da discussão de uma cegueira ética e moral, já que, nas nuances da narrativa, cada personagem expressa uma inerente condição de desvio de conduta. Durante a narrativa, comprova-se, por exemplo, a cegueira do ladrão, que furta o carro do motorista ao lhe propor ajuda e, mais adiante, a cegueira da rapariga dos óculos escuros, que usava do corpo de maneira banal. Depreende-se, assim, que Saramago busca promover um questionamento sobre o mundo contemporâneo, mundo dos objetos, que abandona valores essenciais, como solidariedade e respeito ao outro, o que conduz a cegueira em referência (VIEIRA DE SOUZA, 2011).

Na sequência, o médico, ao examinar o cego, incrédulo no seu relato, não encontra nenhuma justificativa científica capaz de identificar e elucidar a causa da incomum e imprevisível cegueira branca. Inconformado e curioso com o caso, motivou-se a procurar alguma explicação nos livros de medicina que possui, quando, ao término do seu estudo sem êxito, viu-se imerso na “brancura de uma cegueira”, percebendo que foi acometido pelo mesmo mal que o seu paciente.

Eis então a manifestação de que a cegueira é contagiosa. E é a partir desse momento que o narrador passa a expor o enredo de uma maneira particular; cada personagem que teve contato com o primeiro cego vai sendo afetado pela cegueira branca.

Diante da percepção do contágio, o médico, preocupado com a sua condição, bem como com o resguardo da população, entra em contato com o Ministério da Saúde, que, por fim, resolve criar um confinamento dos “infectados” como medida de proteção nacional, haja vista o risco potencial.

Nesse desiderato, todos os cegos são alojados em um hospício isolado da cidade, a título de quarentena, até que, em tese, fosse descoberta a cura para a dita cegueira contagiosa. É nesse confinamento que a maior parte do romance se desenvolve e que se faz possível vislumbrar o

elo entre a situação criada por Saramago, imposta e vivenciada pelos personagens em “Ensaio sobre a cegueira”, e o pensamento filosófico social de Thomas Hobbes (1651) em seu clássico “Leviatã; ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil”. Afinal, o governo não consegue, na obra de Saramago, controlar o inexplicável “mal-branco”. Na verdade, essa cegueira branca se revela incombustível e, literalmente, desconsiderando qualquer noção de humanidade, abandona os indivíduos afetados pela cegueira a sua própria sorte dentro do manicômio, o que expressa uma espécie de “sucção” estatal em relação aos confinados. De modo geral, tal conduta conduz os personagens a uma interação que reflete indistinção e, portanto, segundo Hobbes, como iguais – ou seja, sem a presença de um Estado que venha a ser soberano –, os indivíduos passam a viver um constante conflito, já que a cada um é conferida a liberdade irrestrita de buscar aquilo que lhe aprouver.

Na obra “Leviatã”, Hobbes apresenta uma condição humana que expressa uma sociedade que necessita, de maneira imperiosa, de um Estado forte e centralizador, suficientemente capaz de conter a natureza humana que intrinsecamente se revela conflituosa.

Partindo do enfoque no homem, Hobbes fundamenta que o indivíduo apresenta um estado de natureza que seguramente o conduz a uma luta permanente, já que cada um possui, pela ausência de impedimentos externos, a irrestrita liberdade de buscar os seus anseios segundo seus próprios meios e convicções. Sendo-lhe inerente, portanto, a característica de não se contentar com a parte que lhe cabe. Para tanto, afirma que todos têm direito a tudo, inclusive ao corpo alheio e infere (HOBBS, 2014, p. 89):

A competição por riquezas, prazeres, honrarias e outras formas de poder conduz à luta, à inimizade e à guerra. Os meios que um competidor utiliza para a realização de seus desejos são matar ou subjugar, suplantar ou repelir a outrem.

A partir do momento que os cegos são isolados na quarentena, vislumbra-se, ao menos num primeiro momento, para os que lá dentro se encontram, um fim do Estado. Cada indivíduo, a partir de então, é obrigado a se deparar com uma nova realidade, em que não há qualquer indicador social, sendo-lhes inerente devido seu estado de natureza assumir o papel de soberano em relação aos demais.

Dentro da prisão, há seguidos relatos em que os personagens entram em conflito, pois em virtude de não ter cessado o contágio da cegueira no mundo exterior ao confinamento, as pessoas continuaram a ficar cegas em cadeia, o que desestruturou por completo o governo. Consequentemente, agravou a situação dos confinados, à medida que iam chegando mais pessoas e menos mantimentos, desaparecendo cada vez mais a sensação de que alguém os governava. Assim, frente à inexistência da figura estatal, não era mais possível esconder a realidade que reside em todos os sujeitos, qual seja o estado de natureza descrito por Hobbes.

Claramente, os mais fortes passaram a se sobrepor aos mais fracos, e um dos personagens, o da pistola, munido por uma arma, passou a explicitar de forma nítida a sua superioridade em relação aos demais, bem como os conflitos que em virtude desse fato estariam por surgir (SARAMAGO, 2014, p. 140):

O cego gritou, Quietos todos aí, e calados, se alguém se atreve a levantar a voz, faço fogo a direito, sofra quem sofrer, depois não se queixem. Os cegos não se mexeram. O da pistola continuou, Está dito e não há volta atrás, a partir de hoje seremos nós a governar a comida, ficam todos avisados, e que ninguém tenha a ideia de ir lá fora buscá-la, vamos pôr guardas nesta entrada, sofrerão as consequências de qualquer tentativa de ir contra as ordens, a comida passa a ser vendida, quem quiser comer, paga.

É nesse sentido que, em contrapartida, o homem passa a viver imerso em constante medo e opressão, pois através do seu estado natural de guerra em sociedade, sempre o mais forte irá sobrepor-se ao mais fraco, não existindo, portanto, outro meio de se assegurar a paz civil, senão pela presença de um Estado Soberano de base racional. Frente a tal visão, assevera Hobbes (2014, p. 110): “As paixões que inclinam o homem a querer a paz são o medo da morte, o desejo das coisas que lhe dão conforto e a esperança de obtê-las por meio de seu trabalho”. Portanto, Hobbes (2014, p. 108) conclui que “Por isso, quando não existe um poder comum capaz de manter os homens numa atitude de respeito, temos a condição do que denominamos guerra: uma guerra de todos contra todos”.

Sob esse prisma, verifica-se que a proposta da narrativa literária de Saramago conduz a essa noção da guerra de todos contra todos, que se fundamenta na inexistência do Estado dentro da prisão, tendo em vista que a proposta hobbesiana para o fim da guerra geral é a intervenção política e jurídica de uma figura que concentre poderes absolutos e que dessa forma faça a gestão das relações políticas dentro do Estado (TEIXEIRA DE MELLO, 2012, p. 91).

À medida que o tempo passava na quarentena, mais escassos foram sendo os recursos indispensáveis à sobrevivência e, em consequência, mais foram se acentuando os conflitos, ao ponto em que os mais fortes se sobrepuseram aos mais fracos de uma maneira muito expressiva, submetendo-os a circunstâncias extremamente degradantes.

Para se ter uma noção fiel do primitivismo que foi verificado quando os cegos foram literalmente abandonados no hospício, Saramago apresenta ao leitor uma descrição incisiva da violência gerada pelo caos, por sua vez, ocasionado pela ausência de um ente forte e centralizador que venha a conter essa característica intrínseca ao homem de ser por natureza mal (SARAMAGO, 2014, p. 176):

As mulheres, todas elas, já estavam a gritar, ouviam-se golpes, bofetadas, ordens, Calem-se, suas putas, estas gajas são todas iguais, sempre têm de pôr-se aos berros, Dá-lhe com força, que se calará. Deixem-nas chegar à minha vez e já vão ver como pedem mais, Despacha-te daí, não aguento um minuto. A cega das insónias uivava de desespero debaixo de um cego gordo, as outras quatro estavam rodeadas de homens com calças arriadas que se empurravam uns aos outros como hienas em redor de uma carcaça.

Quando foi imposto que a exploração sexual das mulheres servisse de moeda de troca em relação à comida, alguns homens interessados tão somente no seu alimento, alheios a capacidade de se colocar no lugar do outro, em virtude da situação revelada pelo seu estado de natureza, opinaram pela ida das mulheres às camaratas dos cegos que estavam com o poder dessa exigência,

o que expressa um egoísmo inerente à sua condição humana, reafirmando a semelhança entre a identidade humana descrita por Saramago e o pensamento de Thomas Hobbes.

Dessa forma, em muitos momentos da narrativa, o estado de natureza proposto por Hobbes se apresenta a partir do caráter de contenda generalizada, que assume um cunho muito mais grave e que avança irrestritamente sobre a dignidade dos cegos na quarentena (TEIXEIRA DE MELLO, 2012).

É por medo dessa luta permanente que, segundo Hobbes (2010), os homens optam por celebrar um contrato de transferência mútua de direitos como meio de viabilizar a lei fundamental da natureza de buscar a paz. Expressam, assim, a anuência em renunciarem parcela dos seus ilimitados direitos de agirem como lhes aprouver, contentando-se com igualitária liberdade em relação aos demais, mas reverenciando-se ao Soberano, como único meio capaz de assegurar sua própria defesa. Segundo Hobbes (2010, p.101):

A causa que em geral leva um homem a tornar-se súdito de outrem é (como eu já disse) o medo de não poder se preservar de outro modo. E um homem pode por medo sujeitar-se a quem o ataca, ou pode atacá-lo; ou ainda, os homens podem se juntar para se sujeitar àquele sobre quem estão de acordo, por medo dos outros. Quando muitos homens se sujeitam conforme o primeiro modo, surge daí, como que naturalmente, um corpo político do qual procede a dominação paternal e despótica.

O Estado a que Hobbes se refere é a geração do grande Leviatã, numa alusão ao texto bíblico que o descreve enquanto um monstro de grandes proporções, como é mostrado no livro de Jó: “As fileiras de suas escamas são o seu orgulho, cada uma bem encostada como por um selo que as ajuda” (Jó, 41;15), e “Da sua boca saem tochas; faíscas de fogo saltam dela” (Jó, 41;19).

O Leviatã representa, assim, a figura do Estado, porquanto a do Soberano que deve atuar e constituir todos os juízes de opiniões e doutrinas, como algo necessário para a paz, evitando, dessa forma, a discórdia e a guerra civil (2010). É sob essa perspectiva que Hobbes (2014, p. 100-101) compreende que:

Em todas as cidades ou corpos políticos não subordinados, mas independentes, o homem ou conselho a quem os membros particulares deram o poder comum é chamado de *soberano*, e o seu poder é chamado de poder soberano, e consiste no poder e na força que cada um dos membros lhe transferiu por meio de um pacto. Como é impossível que um homem transfira realmente sua própria força a outrem, ou que este último a receba, deve-se concluir que transferir o poder e a força de um homem nada mais é do que pôr de lado ou abrir mão do seu próprio direito de resistir àquele a quem o transferiu. E cada membro do corpo político é chamado de *súdito*, isto é, súdito de soberano.

Em o “Leviatã”, Hobbes (2010) enfatiza a necessidade dos indivíduos honrarem com o pacto firmado, expressando, para tanto, o quão imprescindível é a existência de um poder coercitivo que, constituído pelo Estado, obrigue igualmente todos os homens a cumprirem com seus pactos. É por meio dessa acepção que Hobbes (2014, p. 122) declina:

não podem existir promessas mútuas quando não há garantia de cumprimento por qualquer das partes, como ocorre no caso em que não existe um poder civil estabelecido que esteja acima dos autores das promessas; essas promessas não podem ser consideradas pactos.

Hobbes (2010) considera que o homem é dotado de paixões que o impossibilitam de viver pacificamente em sociedade, frente ao seu estado natural, que o confere liberdade de, motivado pelo constante conflito, buscar tudo o que é necessário a sua sobrevivência. Nesse sentido, no livro de Saramago, a mulher do médico, quando tem oportunidade, sem nenhuma espécie de arrependimento, mata o chefe dos “malvados” (SARAMAGO, 2014, p. 185):

A mão levantou lentamente a tesoura, as lâminas um pouco separadas para penetrarem como dois punhais. Nesse momento, o último, o cego pareceu dar por uma presença, mas o organismo reiterara-o do mundo das sensações comuns, privara-o de reflexos, Não chegarás a gozar, pensou a mulher do médico, e fez descer violentamente o braço. A tesoura enterrou-se com toda a força na garganta do cego, girando sobre si mesma lutou contra as cartilagens e os tecidos membranosos, depois furiosamente continuou até ser detida pelas vértebras cervicais.

Interessante salientar que a capacidade de precisão do ato acima citado deve-se ao fato de ela ser a única personagem da narrativa que não foi acometida pela cegueira. Esse fato é objeto de complexa análise, remontando a questão moral e ética que pretende Saramago enfatizar, haja vista que, como já mencionado e perceptível, cada personagem afetado pelo “mal-branco” demonstrava em algum momento a prática de algum ato, em síntese, moralmente reprovável. Por sua vez, sendo mulher do médico uma personagem que, durante vários momentos da trama, revelou compaixão, desde o momento em que, mesmo não estando cega, fingiu não enxergar para acompanhar o marido no confinamento, como forma de tentar assegurar sua segurança.

Ademais, em síntese, a narrativa conduz à existência de outros conflitos. Mesmo após a morte do chefe da camarata – que era o personagem que claramente demonstrava ser o mais forte entre os demais –, outros personagens, frente à indistinção ocasionada pela ausência da figura estatal, assumiram o papel de sentir-se soberano em relação aos demais.

Noutro pórtico, em sequência, o manicômio que serviu como cenário durante todo o período de confinamento pegou fogo, momento em que ocorre a fuga dos confinados para o mundo exterior ao isolamento. E é a partir desse ponto que Saramago torna o leitor ciente de como se encontra o espaço social e político fora dos muros do hospício, por meio da descrição da jornada dos cegos até chegarem ao abrigo da casa do médico.

Na busca por alimento, ou seja, pela própria sobrevivência, as ruas estão totalmente desordenadas e os indivíduos desorientados, em uma luta permanente. Tal fase da narrativa, mais uma vez, torna possível vislumbrar, tanto quanto quando da análise do confinamento, a inexistência da figura do Estado, incorrendo, portanto, o contexto humano e político abordado por Thomas Hobbes. Para tanto, corrobora com essa conclusão o velho da venda preta ao aduzir que “é como se continuássemos no manicômio” (SARAMAGO, 2014, p. 217).

Eis, então, que, guiados pela mulher do médico, o grupo composto pela rapariga dos óculos escuros, o velho da venda preta, o rapazinho estrábico, a mulher do primeiro cego, o marido dela e o médico chegam à residência deste último. Embora a sequência da narrativa aborde outros momentos em que os personagens saem em busca de alimento, é nesse local que ocorre o desfecho do drama da cegueira atípica e inesperada, a partir do momento em que Saramago passa a descrever o retorno da visão, na ordem em que os personagens foram ficando cegos.

Conclui-se que “Ensaio sobre a cegueira”, basicamente, busca, de uma maneira ficcional, instrumentalizar uma cegueira que visa problematizar a própria condição humana e o seu elo com uma estrutura política. Afinal, resta claro da narrativa que os que cegaram, frente à inexistência do Estado, perdem qualquer indicador social e político, o que termina por revelar a verdadeira natureza que reside em cada indivíduo, bem como implica a sua interação com os demais.

Portanto, a concepção defendida por Hobbes pode ser observada como linha interpretativa da obra de Saramago, à medida que, durante a narrativa, verifica-se o desaparecimento da figura estatal, momento em que os indivíduos passam a revelar o seu estado de natureza, não existindo, assim, Paz Civil.

3 A LITERATURA COMO INTERESSANTE INSTRUMENTO PARA SE DISCUTIR O DIREITO

É uma verdade que o Direito se configura como uma realidade observável na sociedade, à medida que ele é feito por pessoas e para pessoas, sendo, frente a essa carga de subjetividade, indissociável da dinâmica social e política em que se encontra imerso. A sociedade, portanto, cria o Direito ao mesmo tempo em que se submete aos seus efeitos (NADER, 2014, p. 21). É a partir dessa perspectiva que se compreende que a norma jurídica é produto do meio social, tudo o que há na sociedade é suscetível de se revestir a forma da normatividade jurídica (DINIZ, 2014, p. 262). Nesse sentido, a interação do direito com a literatura pode servir para suprir uma determinada defasagem temporal, ao ponto de enfrentar o grande “exorcismo da realidade”, provocado pelo positivismo jurídico (STRECK; TRINDADE; *et all*, 2013, p. 45).

É sob esse ponto de vista que, na contemporaneidade, é notória a percepção, pelos operadores do Direito, da necessidade de um estudo mais aprofundado e aberto do fenômeno jurídico, não tão limitado pela interpretação puramente normativa desse, a fim de que possa, com maior efetividade, acompanhar a fluidez social, no fim precípua de incorrer sempre no justo. Dessa forma, a literatura pode servir como um interessante e eficaz instrumento para se discutir o Direito, a partir do momento em que oferece um leque de horizontes para se vislumbrar e operar na esfera jurídica. Afinal, é sabida a subjetividade e abrangência interpretativa que a via literária é capaz de oferecer, e de que “o direito também pode ser contado a partir da literatura. Assim, estaríamos não só humanizando o direito como também mostrando que ele não precisa desempenhar sempre o papel de vilão da história” (STRECK; TRINDADE; *et all*, 2013, p. 6).

3.1 O DIREITO NA OBRA DE SARAMAGO

O Direito, numa concepção monista-estatalista, deve ser entendido como um dos agentes

de organização e controle da sociedade, cuja viabilização é levada a cabo pela figura do Estado, ente do qual emanam as normas dotadas de específica ênfase coercitiva. Para Nader (2014, p. 129), “A visão do fenômeno jurídico não pode ser completa se não for acompanhada pela noção de Estado e seus fins”. Dessa forma, o Estado apresenta-se como uma verdadeira produção jurídica, porquanto o Direito emana da figura estatal.

Partindo desse pressuposto, depreende-se que a manutenção da ordem social, por meio da atividade estatal, pode ser vislumbrada em “Ensaio sobre a cegueira”, a partir do momento em que a narrativa conduz de uma maneira ficcional a uma cegueira contagiosa que termina por acometer toda sociedade, o que ocasiona a decadência do Estado, instaurando-se um completo descontrole social que, por sua vez, revela-se na ausência de ordem e, por tabela, do próprio Direito.

No caminho para a casa da rapariga dos óculos escuros atravessaram uma grande praça onde havia grupos de cegos que escutavam os discursos doutros cegos, à primeira vista nem uns nem outros pareciam cegos, os que falavam viravam inflamadamente a cara para os que ouviam, os que ouviam viravam atentamente a cara para os que falavam. Proclama-se ali o fim do mundo, a salvação penitencial, a visão do sétimo dia, o advento do anjo, a colisão cósmica, a extinção do sol, o espírito da tribo, a seiva da mandrágora, o unguento do tigre, a virtude do signo, a disciplina do vento, o perfume da lua, a reivindicação da treva, o poder do esconjuro, a marca do calcanhar, a crucificação da rosa, a pureza da linfa, o sangue do gato preto, a dormência da sombra, a revolta das marés, a lógica da antropofagia, a castração sem dor, a tatuagem divina, a cegueira voluntária, o pensamento convexo, côncavo, o plano, o vertical, o inclinado, o concentrado, o disperso, o fugido, a ablação das cordas vocais, a morte da palavra. Aqui não há ninguém a falar de organização, disse a mulher do médico ao marido. (SARAMAGO, 2014, p. 284).

É sabido que o Direito não se manifesta como único agente de organização social, mas como um dos agentes de ordem, ao lado, por exemplo, da moral, da religião e das regras de trato social. Contudo, o Direito é a única ordem com legitimidade para agir sobre a conduta externa do sujeito, o *foro externo* (enquanto as outras agem sobre o foro interno), pois não concebe a conduta social apenas sob a perspectiva da sugestão ou aconselhamento (cf. NADER, 2014). Dessa forma, frente às circunstâncias aviltantes apresentadas na obra de Saramago, o homem, rebaixado a uma verdadeira condição de primitivismo, não expressa, pela sua própria identidade humana, índole emocional ao nível de manter uma ordem social, o que nos conduz à interpretação da existência de uma cegueira moral e religiosa, porquanto político-jurídica.

Para Reale (2002), é possível afirmar que “o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade” (REALE, 2002, p. 2). Na obra de Saramago, com a decadência do aparato estatal, deixa de existir qualquer limitação à ação dos indivíduos, o que resulta em uma completa desordem e, se é uma verdade o brocardo jurídico que *ubi societas, ibi jus*, ou seja, onde está a sociedade está o Direito, toda sociedade prescinde de organização:

Atravessaram uma praça onde havia grupos de cegos que se entretinham a escutar os discursos doutros cegos, à primeira vista não pareciam cegos nem uns nem outros, os que falavam viravam inflamadamente a cara para os que ouviam, os que ouviam viravam atentamente a cara para os que falavam. Proclamavam-se ali os princípios fundamentais dos grandes sistemas organizados, a propriedade privada, o livre câmbio, o mercado, a bolsa, a taxaço fiscal, o juro, a apropriaço, a desapropriaço, a produço, a distribuço, o consumo, o abastecimento e o desabastecimento, a riqueza e a pobreza, a comunicaço, a represso e a delinquência, as lotarias, os edifícios prisionais, o código penal, o código civil, o código de estradas, o dicionário, a lista de telefones, as redes de prostituço, as fábricas de material de guerra, as forças armadas, os cemitérios, a polícia, o contrabando, as drogas, os tráficos ilícitos permitidos, a investigaço farmacêutica, o jogo, o preço das curas e dos funerais, a justiça, o empréstimo, os partidos políticos, as eleições, os parlamentos, os governos, o pensamento convexo, o côncavo, o plano, o vertical, o inclinado, o concentrado, o disperso, o fugido, a ablaço das cordas vocais, a morte da palavra. Aqui, fala-se de organizaço, disse a mulher do médico ao marido. (SARAMAGO, 2014, p, 295-296).

Porém, importante é ressaltar que, quando no romance a proposta que se apresenta é uma espécie de sucção do ente que responde pela viabilizaço do Direito, instaura-se um descontrole social ocasionado pelo desaparecimento da identidade jurídica que predominava à época do contexto social da obra. Portanto, o que se verifica, a partir da narrativa acima transcrita, não é a organizaço sob o prisma do Direito aqui abordado, mas uma “noço de ordem” que tão somente visa remontar à organizaço anterior ao descontrole social. Em suma, no desenvolvimento da narrativa, desde a entrada dos cegos na quarentena, descreve-se uma deterioraço da civilizaço e da civilidade (TEIXEIRA DE MELLO, 2012, p. 95), à medida que desmorona todo um ordenamento jurídico. É imprimindo esse sentido que Saramago (2014, p. 294) descreve:

O aspecto das ruas piorava a cada hora que ia passando. O lixo parecia multiplicar-se durante as horas noturnas, era como se do exterior, de algum país desconhecido onde ainda houvesse uma vida normal, viessem pela calada despejar aqui os contentores, não fosse estarmos em terra de cegos, veríamos avançar pelo meio desta escuridão as carroças e os camiões fantasmas carregados de detritos, sobras, destroços, depósitos químicos, cinzas, óleos queimados, ossos, garrafas, vísceras, pilhas cansadas, plásticos, montanhas de papel, só não nos trazem restos de comida, nem sequer umas cascas de frutos com que pudéssemos ir enganando a fome, à espera daqueles dias melhores que sempre estão para chegar.

Eis, então, que “Ensaio sobre a cegueira” conduz a uma narrativa que culmina na destruturaço de toda uma populaço diante de um mal contagioso que vai, aos poucos, tomando conta de uma cidade inteira, até que se alcança o completo caos (VIEIRA DE SOUZA, 2011). O medo da cegueira contagiosa evidenciava para as autoridades uma passagem da ordem para a desordem pública (SILVA, 2011). Assim, ainda que de uma forma indireta, é possível destacar das entrelinhas da obra de Saramago, o mesmo que Reale (2002, p. 16) questiona acerca do problema ético inerente ao direito.

Por que o Direito obriga? Basear-se-á o Direito da força? Pode-se explicar o Direito segundo critérios de utilidade? Fundar-se-á o Direito na liberdade ou terá a sua razão de ser na igualdade? Basta enunciar tais perguntas para se perceber que elas envolvem o *problema ético* do Direito, ou, mais amplamente, *axiológico*, isto é, *dos valores do Direito*.

A problematização dos valores da sociedade onde se ambienta a narrativa é capaz de responder as indagações como as acima elencadas. Basta considerarmos que: a partir do momento em que se constata a ausência do Estado e, no contexto da obra, a consequente ausência da organização empreendida pelo Direito, o elemento coercitivo deste resta claro, bem como a sua utilidade, liberdade e igualdade, sob o prisma da pacificação social.

Ademais, partindo-se do pressuposto de que não podemos conceber o Direito como algo apartado da atividade social, envolvendo, portanto, todo seu produto um complexo de interações valorativas que terminam, por sua vez, implicando a criação da própria norma, tem-se que a cegueira proposta por Saramago culmina na reflexão de uma cegueira dos próprios valores. É buscando um enfoque nesse sentido que preleciona Miguel Reale:

Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto *normativo* (o Direito como *ordenamento* e sua respectiva ciência); um aspecto *fático* (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto *axiológico* (o Direito como *valor* de justiça). (REALE, 2002, p, 64/65).

Dessa forma, compreende-se que, segundo a Teoria Tridimensional do Direito, a partir do momento em se admite a existência de um fato jurídico, que por sua vez é capaz de conduzir a um conteúdo valorativo, ambos terminam por culminar em um elo para a criação da própria norma jurídica. Logo, de acordo com Diniz (2014, p. 263), “os elementos do direito – fato, valor e norma – coexistem numa unidade concreta”.

Noutro pórtico, no decorrer da narrativa de Saramago, “com o fim do Estado, a lei desmoronou, junto com os sujeitos que a criaram” (TEIXEIRA DE MELLO, 2012, p. 107). Nesse sentido, considerando que a população é o centro da vida do Estado, à medida que a organização política tem por finalidade controlar a sociedade e, ao mesmo tempo, protegê-la (NADER, 2014, p. 131). Ao incorrer na fantasia de uma cegueira repentina, contagiosa e incombustível, Saramago introduz todo um contexto de caos social. Com efeito, há o desaparecimento da Soberania, que se configura no “necessário poder de autodeterminação do Estado” (NADER, 2014, p. 132).

Portanto, conclui-se, pela intertextualidade entre a literatura proposta por Saramago e as perspectivas jurídicas declinadas no estudo do Direito enquanto agente de ordem, e sua consequente interação com a atividade estatal, que “Ensaio sobre a cegueira” nos apresenta uma narrativa capaz de ensejar uma inexistência do Estado e, por tabela, do próprio Direito, abrindo, assim, um precedente para o debate das questões jurídicas que os circundam.

3.2 A IMPORTÂNCIA DE UMA PERSPECTIVA JURÍDICA PELA LITERATURA

É uma realidade que o Direito não se constrói por intermédio de concepções apartadas, visto que, enquanto unidade, deve o operador do direito se debruçar sobre todo um contexto jurídico, social e político, considerando, para tanto, uma linha interpretativa sistêmica que vise precipuamente a sua própria finalidade.

Reverenciando-se a essa sensibilidade, não há como olvidarmos o quão interessante é a análise do Direito por meio da literatura. Afinal, a literatura é um instrumento importante para obter registros históricos, capaz de conduzir o leitor a preceitos do mundo, da vida e, como consequência, dos próprios ensinamentos jurídicos, frente à norma vigente em determinado contexto (FARIAS, 2014, p. 12). Dessa forma, partindo de fatos da vida, ainda que contados de uma maneira ficcional, a literatura abre precedentes para um amplo debate que muito pode contribuir ao estudo do Direito.

Trabalhar direito e literatura é trabalhar com uma das muitas possibilidades e limitações do próprio direito; é descobrir o quanto o direito é sociedade. Mais do que isso, é a oportunidade de ver o direito não através dele próprio, mas através das repercussões sociais, dos imaginários, das muitas representações. (STRECK; TRINDADE; *et all*, 2013, p. 211).

André Karam Trindade e Henriete Karam (2013), no artigo intitulado “As Desventuras de Pinóquio: o processo de humanização, a submissão à lei e a adesão ao Pacto Social”, consideram que são inúmeras as situações em que o Direito se revela nessa clássica história literária; tais como quando, por meio de uma perceptiva que se transfigura satiricamente na lógica do seu discurso, tem-se identificado um caráter positivo e eficaz. Isto é, como sistema normativo, que se apresenta enquanto prática e discurso jurídico atravessado pelo próprio personagem Pinóquio (STRECK; TRINDADE; *et all*, 2013).

Do mesmo modo, também a partir de um enfoque literário, Moraes da Rosa (2013) aborda, por meio das mais conhecidas obras de Kafka, questões que circundam a responsabilidade dos assistentes do processo penal, questionando a estrutura que sustenta o sistema jurídico, bem como o cinismo presente em suas ideologias (STRECK; TRINDADE; *et all*, 2013).

No que concerne à obra literária “Ensaio sobre a cegueira”, depreende-se que, por intermédio de uma fantasia, o autor consegue, a partir da construção de uma cegueira que não se constitui enquanto a patológica, problematizar os próprios confins da existência humana, abrindo, para tanto, um precedente para discussões sociais, jurídicas e políticas. Do exemplo trazido por Saramago, percebe-se que a literatura pode oferecer uma renovação entre a relação texto e norma, plantando o argumento de que entre as portas abertas do realismo literário existe o Direito, em sua acepção mais real.

A exemplo do livro “Ensaio sobre a cegueira”, a natureza da literatura permitiu sua intertextualidade com a doutrina jurídica, e a essência desta, por sua vez, permitiu a sua intertextualidade não só com a literatura de Saramago como também com o pensamento filosófico social de Thomas Hobbes, de modo que se infere que o liame entre a comunicação desses diferentes enfoques termina por ser muito tênue, estabelecendo-se um ponto em comum no âmago de cada um.

No que tange a esse encontro entre a literatura proposta por Saramago e as concepções de Thomas Hobbes, é de bom alvitre pontuar o diálogo que o Direito apresenta com a filosofia, à medida que se admite a sua construção a partir de um enfoque filosófico. Dessa forma, o Direito, como unidade, deve ser vislumbrado a partir de uma intertextualidade, dentre outras disciplinas, com a filosofia e a literatura, pois:

A Filosofia do Direito é uma reflexão sobre o Direito e seus postulados, com o objetivo de formular o conceito do *Jus* e de analisar as instituições jurídicas no plano do *dever ser*, levando-se em consideração a condição humana, a realidade objetiva e os valores justiça e segurança. (NADER, 2014, p. 5).

Não obstante, o Direito não se apresenta como uma ciência exata, ao contrário, configura-se, em síntese, como uma ciência humana capaz de estabelecer uma ponte com várias outras ciências, tais como o estudo da sociologia, da psicologia, da antropologia e, conforme dito, da filosofia. Nesse sentido, é imperioso considerar que a via literária, na sua capacidade de reunir várias linhas interpretativas que ensejam o debate, pode facilitar a discussão do Direito, enriquecendo conhecimentos a partir do momento em que assume o papel de interação com as questões jurídicas. A propósito:

Em relação ao Jurídico, a Literatura contribui, num tencionamento transdisciplinarizante, para se compreender de forma mais próxima da verdade, a sociedade, seus mecanismos de funcionamento e contingências multifacetadas, além do imaginário social sobre o próprio fenômeno jurídico, sobre a política, a economia, e a estrutura social. Caso a investigação jurídico-literária se situe noutro contexto, espaço-temporal, a importância é ampliada por estender a visão sobre o “ambiente”. (STRECK; TRINDADE; *et all*, 2013, p. 60/61).

É em cima da percepção da semelhança que reside entre a amplitude dos fenômenos jurídicos e a abrangência dos enfoques literários que reside a convicção de que a linguagem literária é passível de assumir o papel da linguagem jurídica, à medida que a subjetividade apresentada pelo Direito é capaz de se configurar enquanto interpretação na literatura. Dessa forma, as palavras de Nader (2014), indiretamente, terminam por coadunar com essa concepção, posto que admitem que o Direito emerge de uma dimensão que não é exata, sendo preciso, para identificá-lo, um olhar sensível a todo um aparato humano:

identificar o Direito, no universo das criações humanas, situando-o como ordem social dotada de coerção e, ao mesmo tempo, fórmula de garantia da liberdade, é a grande meta do conjunto de temas que se abrem à compreensão dos acadêmicos. (NADER, 2014, p. 1).

Nesse ínterim, não é forçoso dizer que a ponte entre Direito e literatura pode construir uma dialética riquíssima, pois ainda que indiretamente, de forma concomitante, a literatura em muitos momentos se volta para o Direito e esse, por sua vez, se volta para a literatura, de modo que a troca de percepções torna-se inevitável. Dessa forma, “A realidade e a ficção estão conectadas, a primeira depende da segunda para existir, e esta pode ser encontrada na ficção” (NOBRE, 2014, p. 4).

Ao introduzir o estudo ao Direito, Reale (2002) afirma que essa ciência propedêutica e introdutória tem como elemento decisivo a arte, não podendo o doutrinador ser alheio a fundamentar seus pensamentos artisticamente. Afinal, quem escreve um livro de Introdução ao Estudo do Direito deve observar dados de diferentes ramos do saber (REALE, 2002, p. 11). É sob esse prisma que reforçamos a ideia da literatura como interessante instrumento para se discutir o Direito, haja vista literatura ser arte!

Segundo Diniz (2014), há a necessidade de se ver o Direito como um fenômeno inserido em situações que dotam de sentido o surgimento da ciência jurídica como uma ciência cultural. Em suma: “Para o culturalismo a ciência jurídica é uma ciência cultural que estuda o direito, como objeto cultural, isto é, como uma realização do espírito humano, com um substrato e um sentido” (DINIZ, 2014, p. 148). Assim, enquanto cultura, a literatura é uma expressão artística capaz de abarcar todo um contexto cultural, não se podendo negar ser ela passível de exprimir todo um conteúdo jurídico. Dessa forma imperiosa é a consciência de que a literatura por contribuir de maneira substancial no estudo do Direito, pois a interação do Direito com a arte permite que se debata com mais fluidez as questões jurídicas. Além disso, cada vez mais o Direito requer daquele que busca o compreender uma maior humanização, de modo que:

O entrelaçamento do direito com a arte permite adentrar-se a um mundo que é mais bem dito e experimentado pela pena rigorosa do artista. A linguagem do jurista é, muitas vezes, técnica e distante daquilo que possibilitaria uma comunicação adequada com os destinatários. Não é incomum ouvir-se falar sobre que aqueles escrevem acerca do direito, como se fossem membros de uma seita secreta, em que apenas os iniciados podem compreender. (STRECK; TRINDADE; *et all*, 2013, p. 131).

Diante do exposto, é imprescindível compreender quanta realidade existe na ficção, e quanta ficção existe na realidade (STRECK; TRINDADE; *et all*, 2013, p. 3). Para que se assumam o quão a literatura interage com o Direito, concluindo-se pela sua relevância dentro do debate jurídico.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obra “Ensaio sobre a cegueira” foi a base para a produção do presente trabalho, haja vista que dela partiram as ramificações que ensejaram todo o seu desenvolvimento. Da compreensão da proposta dessa narrativa literária, parte-se ao entrelaçamento da abrangência de suas concepções com o pensamento filosófico social de Thomas Hobbes, à medida que foi possível verificar uma interação entre a discussão da condição humana apresentada em ambos e o seu consequente diálogo com toda uma estrutura social e política.

Dessa forma, a fantasia contida na obra de Saramago busca tão somente instrumentalizar uma situação que seja capaz de incidir na reflexão de como se revela a própria essência humana, bem como de que forma essa se apresenta quando diante de um contexto social e político alheio aos seus indicadores até então vigentes. Em suma, da correlação das obras, depreende-se que: enquanto “Ensaio sobre a cegueira” desmascara todo um aparato jurídico e político, tendo

como resultado a decadência da própria “máscara” que revestia o homem e escondia a sua real natureza humana, Hobbes propõe que apenas é possível esconder e, conseqüentemente, conter o estado de natureza presente nos homens, revestindo-os com a “máscara” estatal, através de um Estado forte e centralizador.

Ademais, diante da desorganização social ocasionada pela decadência do Estado, conclui-se que a problemática proposta por Saramago revela o âmago do Direito, visto que esse se configura como um dos agentes de organização social, abrindo, por conseguinte, um precedente para se inferir que o Direito emana, na contemporaneidade, do próprio Estado. O discurso de Saramago chega ao ponto de introduzir a ciência jurídica e conduzir o leitor à linha interpretativa de que a sociedade prescinde de organização, sendo o Direito um dos mecanismos aptos a manter a ordem.

Dessa possibilidade de se vislumbrar o Direito, não pela via doutrinária, mas literária, verifica-se que o seu diálogo com a literatura não se reveste de complexidade, ao contrário, trata-se de uma linha muito tênue e riquíssima a expansão de conhecimentos na esfera jurídica, ainda pouco explorada nos ambientes acadêmicos. O ato de se pensar a esfera jurídica é imprescindível à excelência do operador do Direito, motivo pelo qual devem as academias e os estudiosos da ciência jurídica cada vez mais investirem na intertextualidade entre Direito e literatura, tendo em vista a amplitude que reside no debate de tais questões, sobretudo se considerarmos que a literatura é capaz de estabelecer novas compreensões à relação constituída entre texto e norma.

Dedicar-se a operar com Direito e literatura vai muito além de adjetivar-se como interessante, sendo, portanto, importante, já que na atualidade cada vez mais o Direito busca aproximar-se menos de um positivismo jurídico e mais dos precedentes sociais que concebem a noção do justo. Assim, literatura já é uma realidade dentro do Direito, servindo como ferramenta para a compreensão dos ensinamentos abarcados pela esfera jurídica.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Alex Dantas. **Direito e literatura**: o direito por trás de shakespeare. Natal: 2014.

HOBBS, Thomas. **Os elementos da lei natural e política**. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 1 ed. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2014.

MELLO, Daniel Teixeira de. **Configurações do estado de exceção no romance ensaio sobre a cegueira de José Saramago**. Disponível em: http://www.bdt.d.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4565. Acessado em: 18/10/2014. Rio de Janeiro: 2012.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOBRE, Lucas Lopes. **Quem vigia os vigilantes?: Um paralelo entre direito e literatura**. Natal: 2014.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SILVA, Adriana Gonçalves da. **O olhar desencantado em ensaio sobre a cegueira de José saramago**. Disponível em: http://www.tede.ufv.br/tedesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5973. Acessado em: 18/10/2014. Viçosa: 2011.

SOUZA, Adriana Vieira de. **Muito além do que se vê: a alegoria, em ensaio sobre a cegueira, de José Saramago**. Disponível em: http://www.btdt.ufes.br/tedesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1412. Acessado em: 18/10/2014. Vitória: 2011.

STRECK, Lenio Luiz (Org.); TRINDADE, André Karam (Org.). **Direito e literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

A ESTIGMATIZAÇÃO DA MULHER RETRATADA NA LITERATURA DE CLARICE LISPECTOR: UMA ANÁLISE DE DIREITOS CIVIS¹

*Isabella Jamel Lauar dos Santos
Luciana Flávia Nunes Casimiro*

RESUMO

A proposta deste estudo acadêmico é analisar as relações entre os gêneros, visualizando a histórica inferiorização da mulher, a partir da escrita de Clarice Lispector. Destaca-se o vínculo direto entre a Literatura e o Direito, especialmente no que tange à observância da evolução dos Direitos Civis da Mulher. Desde as origens das Cidades Antigas foi reservado à mulher um destino de opressão e subordinação. Embora de forma tímida e pausada, os diplomas legais terminam por narrar toda a trajetória da mulher. Com o surgimento do Código Civil de 1916, a figura feminina é vislumbrada como um mero objeto, a serviço e disposição dos seus “senhores”. Diversas são as demonstrações do tratamento discriminatório das mulheres no Código Civil de Beviláqua, dentre elas, a inserção da mulher no rol dos relativamente incapazes, a necessidade da anuência e ratificação do cônjuge para que os seus atos tivessem validade na esfera civil, o desempenho tolhido do papel de mãe, pois o pátrio poder lhe era conferido de forma subsidiária, tendo o homem a última palavra sobre a família. Somente em 1962, com o advento do Estatuto da Mulher Casada, a figura feminina foi libertada do soberano comando masculino e, a partir deste momento, inúmeras leis sucessivas culminaram com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, buscando garantir e reforçar as conquistas que foram precedidas de enorme luta pelas mulheres brasileiras. Busca-se demonstrar, por meio da intertextualidade entre leis civis e a escrita de Lispector que, no momento em que o gênero feminino obteve emancipação e, conseqüentemente, o firmamento dos seus direitos, que foram referendados pelo Código Civil de 2002, a luta apenas iniciou-se.

Palavras-chave: Direito e Literatura; Direitos da Mulher; Clarice Lispector; Código Civil.

WOMEN STIGMATIZATION PORTRAYED IN THE WORK OF CLARICE LISPECTOR: AN ANALYSIS OF CIVIL RIGHTS

ABSTRACT

This paper aims at analyzing the relationships between genders, based on the historical inferiority of women, from the writings of Clarice Lispector. Emphasis is given to the direct link between literature and law, especially in regards to the observance of the development of Women's Civil Rights. Since the "origins of ancient cities", women were subject of oppression and subordination. Although shown in a shy and paused way, the enactments end by narrating the trajectory of women. With the advent of the Civil Code of 1916, the female figure is glimpsed as a mere object that exists to serve and please their "masters". There are various examples of women discrimination in the Civil Code of Beviláqua, amongst them, the inclusion of women on the list of relatively incapable people, the need for acceptance and ratification of their husbands so their acts were considered legally valid, the crippled

¹ Trabalho premiado na Categoria Pôster no Congresso de Iniciação Científica de 2014 (CONIC).

performance of their role as mothers because the paternal power was given to her only secondarily, giving the man total authority on the family. Only in 1962, with the advent of the Statute of Married Women, the female figure was released from the male sovereign command and, from that moment on, numerous successive laws culminated with the enactment of Brazilian Federal Constitution of 1988, seeking to ensure and enhance achievements that were preceded by many other fights by Brazilian women. This paper aims at demonstrating that, through the intertextuality between civil laws and Lispector's writings, when women finally obtained emancipation and a foundation for their rights, countersigned by the Civil Code of 2002, their fight was just beginning.

Keywords: Law and Literature; Woman's Rights; Clarice Lispector; Civil Code.

1 INTRODUÇÃO

O ser humano, homem e mulher, possui um futuro aberto, ainda não ensaiado, que pode ser trazido para o presente pela sua criatividade, expressada no engajamento e na decisão de agir. Em outras palavras, ele não é definitivamente refém das instituições do passado, especialmente do patriarcado, que marcaram a história de sofrimento e opressões de milhares de gerações e da metade da humanidade que são mulheres. O que foi construído historicamente pode ser também historicamente desconstruído. Essa é a esperança subjacente de mulheres oprimidas e dos seus aliados – e dos homens desumanizados pelo patriarcalismo – esperança de um novo patamar de civilização não mais estigmatizado pela dominação de gênero. (BOFF, 2007, p.23).

O pensamento de Leonardo Boff² explica sinteticamente e com maestria o intuito do estudo aqui desenvolvido. A análise parte do binômio mulher-desigualdade. Tema este que vigora na sociedade atual, como herança das construções históricas arquitetadas ao longo dos tempos, respingando, conseqüentemente, reflexos na essência cultural e na existência dos povos, enquanto seres sociais, no momento presente.

O tema mulher engloba o cenário nacional nas suas mais variadas ordens. A luta da mulher é longa, demorada, mas sempre acirrada e constante. A figura feminina mudou. Transformou-se e foi transformada ao longo dos tempos. Está mais presente, marcante e independente. Enfim ganhou voz e visibilidade.

Para tratar dos ecos destas transformações e, especialmente no que toca à análise das conquistas dos direitos civis femininos, os presentes escritos se arquitetaram em uma estrutura de análise histórica-legislativa dos direitos civis femininos, apoiada no complexo de reflexões promovidas pela literatura de Clarice Lispector, em três das suas grandes obras literárias: *Perto do Coração Selvagem*, *A Hora da Estrela* e *a Via Crucis do Corpo*.

2 A MULHER NAS CIDADES ANTIGAS

Acerca da história de opressão e inferioridade destinadas à mulher, DIAS (2004, p.32) preleciona:

2 Leonardo Boff, pseudônimo de Genézio Darci Boff, é um teólogo brasileiro, escritor e professor universitário, expoente da Teologia da Libertação no Brasil.

Não se consegue identificar o momento a partir do qual restou a mulher relegada a uma posição de inferioridade. Da época ancestral, existe a figura do primata arrastando a sua fêmea pelos cabelos, após vencer eventual resistência mediante a uma pancada na cabeça.

Já nas Cidades Antigas, vivia a mulher em condição de inferioridade frente ao homem. Os Direitos Gregos e Romanos - responsáveis por nortear o berço da nossa cultura jurídica, reservavam às mulheres o destino da subordinação e da invisibilidade.

Da Religião Doméstica derivava a instituição da família. Tal religião foi responsável pela construção da família antiga, pois todo e qualquer ato relevante estava diretamente condicionado aos ditames estabelecidos pelo “deus” adorado daquele determinado núcleo familiar. “Não foi a religião que criou a família, mas certamente foi ela que lhe deu normas, e vem daí que família antiga teve uma constituição tão diferente da que teria tido se os sentimentos naturais tivessem sido os únicos a fundamentá-la³.”

Cada determinado núcleo familiar possuía o seu deus. O homem – depois de aberta a sua sucessão – era adorado e cultuado por seus descendentes, costume este transmitido e operado somente na linha descendente masculina. Restava à mulher a invisibilidade de sua vontade, tendo que seguir a religião de seu pai e, após o seu casamento, abandonar aquele deus ora adorado para passar a cultuar o deus escolhido pelo seu marido. Após a abertura de sua sucessão, a mulher não era agraciada com o culto e com as chamadas cerimônias de banquete⁴, que eram ofertadas ao homem, após a sua morte. Nas palavras explicativas da civilista CASIMIRO (2014): “A sucessão sempre se operou na linha masculina, sob a justificativa de que a mulher - a filha - não daria seguimento à religião da família, pois ao casar-se adotaria o culto religioso do seu marido”.

A origem das famílias antigas não estava fundada nos laços de afeto que, atualmente, representam e norteiam o Direito das Famílias no sistema *Civil Law*⁵. COULANGES (2009, p.53) aduz que “O que une os membros da família antiga é algo mais potente do que o nascimento, o sentimento, a força física: é a religião do lar e dos antepassados”.

Por mais que um pai tivesse amor por sua filha, não poderia este legar-lhe os seus bens. Havia um berrante império da força masculina sobre a feminina, como a do marido sobre a esposa, do pai sobre a filha, do irmão sobre a irmã:

A união das famílias não era pautada no amor, no afeto, no cuidado mútuo, mas sim no culto da Religião Doméstica daquele núcleo familiar, sendo a família antiga uma associação religiosa, mais ainda do que uma associação natural.⁶(COULANGES, 2009, p. 53)

Desde então, começa a ficar evidente a manifestação da desigualdade de gêneros nos costumes tradicionais antigos.

3 COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga, 2009, p. 53.

4 Cerimônia onde o túmulo era rodeado de plantas e flores, com diversas oferendas, traduzindo uma espécie de comemoração em que acreditavam alimentar o morto, saciando as suas necessidades.

5 Ou “Sistema Romano- Germânico”, adotado pelo Ordenamento Jurídico do Brasil, no qual a lei escrita é a principal fonte do direito.

6 COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga, 2009, p.53.

3 A TRILHA LEGISLATIVA CIVIL DA MULHER NO BRASIL

Evocando também os aspectos históricos, que foram os principais norteadores da elaboração do primeiro Código Civil brasileiro de 1916. Mas, antes de mergulharmos profundamente nas características do Código de Beviláquia⁷, é necessário tecer comentários que definam e situem os momentos históricos, responsáveis por compor o cenário brasileiro legislativo da época e, conseqüentemente, por repercutir diretamente na situação jurídica da mulher brasileira.⁸

O quadro histórico a ser considerado, para uma satisfatória análise das origens do Direito Civil⁹ brasileiro frente à situação jurídica das mulheres, é o chamado Colonialismo Cultural. Os alicerces que remontam o Brasil Colônia influenciaram direta e consideravelmente a produção legislativa pátria, composta por leis discriminatórias e patriarcais. Certamente por razão de profunda relevância, deverá ser mencionada e bastante considerada a significativa e avassaladora diferença no tocante ao estágio cultural em que se encontrava a sociedade brasileira, quando comparada ao grau cultural das nações tidas como modelos para o desenvolvimento da normatividade nacional. Com propriedade, explica a historiadora PIMENTEL (1978, p. 13):

O Brasil Colônia regulava-se pelas leis portuguesas. Quando se tornou independente politicamente, não possuindo capacidade de organização necessária para se autorregular, continuou valendo-se de leis alienígenas. (PIMENTEL, 1978, p.13)

As leis portuguesas, às quais a historiadora faz referência, são as chamadas Ordenações Filipinas. Obedecendo à ordem cronológica das legislações, primeiramente, destaca-se que “a história do Direito Civil brasileiro singulariza-se pela ininterrupta vigência, por mais de três séculos, das Ordenações Filipinas.”¹⁰ Apesar do nosso Direito Civil atual se fundamentar na razão e expressar criações científicas e modernas, além dos próprios valores e reflexos da sociedade brasileira, a sua origem está ligada ao direito dos nossos colonizadores, ou seja, ao Direito Português.

As origens do Direito Português se ligam a três importantes sistemas: o romano, o germânico e o canônico. Conforme destaca Pontes de Miranda: “No romano, há mais conteúdo político do que moral e religioso; no canônico, o princípio religioso se destaca mais em relação ao político e o moral; no Direito Germânico, o elemento moral prepondera sobre o político e religioso.” Quanto ao conteúdo econômico, afirma o pátrio jurista, “nasceu do próprio solo, como fecunda emanção da vida.” (NADER Apud PONTES DE MIRANDA, 2012, p.19).

7 Código Civil de 1916.

8 A análise mais debruçada acerca da evolução dos direitos civis da mulher será abordada em capítulos específicos. Aqui, deixo apenas a pretensão de situar o leitor no cenário histórico que contribuiu para a composição das leis civis brasileiras.

9 A história das civilizações ocidentais conta que o Direito Civil encontrou o seu nascedouro no Direito Romano, o chamado *jus civile*, que significava o direito da cidade que regia cidadãos independentes. O direito privado dos romanos abarcava, além do *jus civile*, o *jus naturale* (*quo natura omnia ani malia docuit* – o que a natureza ensinou aos animais) e o *jus gentium* (responsável por regular as relações estrangeiras – *peregrini* – pois a organização política não era permitida que se regresse pelo *jus civile*, honra destinada apenas aos cidadãos romanos) No século VI, na chamada Era Medieval, o Direito Romano foi sistematizado na compilação liderada pelo Imperador Justiniano, nascendo assim o *Corpus Juris Civilis*, o que facilitou o seu conhecimento e estudo, possibilitando assim sua divulgação pela Europa. É importante registrar que o moderno Direito Civil se desenvolveu ao longo do século XIX, nos planos teórico e prático, quando a filosofia individualista exercia forte influência no pensamento jurídico, alcançando as codificações emergentes, a começar pela mais famosa de todas elas: O Código de Napoleão.

10 GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro, 2006, p.3.

No denominado Período Colonial, as Ordenações Filipinas de 1603 foram o nosso principal estatuto jurídico. Tais Ordenações consistiram em uma revisão das precedentes Ordenações Manuelinas do século XVI e das Ordenações Afonsinas do século XV que, por terem sido substituídas, possuíam uma base principiológica já superada.

As Filipinas sobreviveram vigentes em solo nacional não obstante a ruptura política entre o Brasil e Portugal, em 1640, e aos grandiosos fatos históricos de 1822 e de 1889, que proporcionaram ao país, respectivamente, a condição de Estado Soberano e República Federativa, sendo indispensável destacar o significado das Ordenações Filipinas na vida jurídica brasileira.

Em Portugal, as Ordenações Filipinas foram revogadas em 1867, com a entrada em vigor do chamado Código Civil Seabra. Já em solo brasileiro, as citadas Ordenações perduraram até o advento do Código Civil de 1916. É importante ressaltar que, durante as Ordenações Filipinas, o Direito Romano e o Canônico continuaram atuando como fontes acessórias e subsidiárias das Ordenações.

No que versa sobre a situação jurídica da mulher em tais Ordenações, de acordo com a referida legislação, estabelece-se, por exemplo, a aplicabilidade de castigos corporais às mulheres, sem qualquer garantia de proteção (uma sanção, por exemplo) que coibisse a prática de tais agressões¹¹; o pátrio poder sendo exercido com exclusividade pelo homem – pai ou marido; colocando a mulher em estado de total sujeição ao homem, dependendo de autorização deste para a prática dos mais simples e triviais atos da vida civil.

A Constituição Brasileira de 1824 referiu-se à organização de um Código Civil pautado na justiça e na equidade, sendo, em 1865, a tarefa de criação confiada a Teixeira de Freitas, que adiantadamente, já havia apresentado, em 1858, um trabalho de consolidação das Leis Civis.

O projeto de 1865, de autoria de Freitas, foi denominado de “Esboço do Código Civil”, contendo cinco mil artigos e terminou por não ser acolhido, sofrendo críticas da comissão responsável pela análise e revisão¹². Depois de várias outras tentativas, somente após a Proclamação da República, foi indicado o nome de Clóvis Beviláqua¹³ para a elaboração do primeiro Código Civil brasileiro, que, depois de revisto e encaminhado ao Presidente da República Campos Sales, foi remetido ao Congresso Nacional, em 1900. Na Câmara dos Deputados, o Projeto Beviláqua sofreu algumas modificações determinadas por uma comissão nomeada especialmente para avaliá-lo, sendo merecedor, no Senado, de um longo parecer de Rui Barbosa. Aprovado em janeiro de 1916, o considerado primeiro Código Civil Brasileiro oficial, teve a sua *vacatio legis* de quase um ano, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1917.

O Código Civil de 1916 possuía 1.807 artigos e era antecedido pela Lei de Introdução ao Código Civil (LICC)¹⁴. Sofrendo influências diretas do Código Civil Francês – o chamado “Código de Napoleão” – de 1804 e do Código Civil Alemão de 1896, o Código Civil brasileiro de 1916 tinha um caráter individualista e patrimonial, supervalorizando o verbo “ter” em detrimento

11 Com o advento da Proclamação da República surge uma importante legislação vislumbrando proteção à questão feminina: o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, no qual, em seu bojo, trata de pregar a atenuação do domínio patriarcal, que ainda subsiste, mas de forma mais amena, retirando o direito de imposição de castigos e agressões físicas às mulheres.

12 No entanto, o Esboço do Código Civil influenciou o Código Civil argentino, constituindo sua base.

13 Jurista Cearense, Professor de Legislação Comparada na Faculdade de Direito de Recife, Beviláqua elaborou, em oito meses, o anteprojeto, mais tarde convertido no primeiro Código Civil brasileiro.

14 Atual LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

do “ser”, só sendo o juiz considerado “a boca da lei”, por meio do método exegético de não ter interpretação da legislação, mas sim, de haver, apenas a sua aplicação:

No plano filosófico, nosso primeiro Código Civil absorveu a filosofia individualista de prevalência do individual sobre o coletivo, que inspirara o Direito Romano e o Código Napoleão, adotando amplamente o princípio da autonomia da vontade em matéria negocial. O Código leva o selo de formalismo, também herdado do Corpus Juris Civile. (NADER, 2012, p.38)

O CC/16 continha uma Parte Geral, na qual estavam presentes conceitos, categorias e princípios aplicados a todos os livros da Parte Especial:

Tratava das pessoas (naturais e jurídicas), como sujeitos de direitos; dos bens, como objeto do direito; e dos fatos jurídicos, disciplinando a forma de criar, modificar e extinguir direitos, tornando possível a aplicação da Parte Especial. Esta era dividida em quatro livros, com os seguintes títulos: Direito de Família, Direito das Coisas, Direito das Obrigações e Direito das Sucessões.¹⁵ (GONÇALVES, 2012, p.38)

Nas palavras de Paulo Nader, observaremos o Código Civil de 1916 perante a sociedade brasileira da época:

A primeira Lei Civil brasileira foi um reflexo sociocultural-econômico da época e se destinou a uma sociedade predominantemente rural. O sentimento religioso exercia poderosa influência na organização social e alcançava repercussão no âmbito legislativo. O Código Civil de 1916, especialmente em matéria de *família* e *sucessões*, fortaleceu o dogma do casamento, descurando-se das relações extramatrimoniais. E a maior parte do século XX foi um tempo de intensas reivindicações, visando ao amparo da companheira, à igualdade da condição entre filhos nascidos dentro e fora do casamento e à instituição do divórcio. (NADER, 2012, p.38).

Ignorando a Dignidade da Pessoa Humana, o CC/16 não se compadece com os sofrimentos do devedor, coroa o homem, esmaga o filho “bastardo”, é distraído no que tange aos direitos e litígios pela posse coletiva de terras e, para agravar, considera iguais as partes da relação contratual:

O Código Civil de 1916, sem diminuir sua magnitude técnica, em sua crueza, é egoísta, patriarcal e autoritário, refletindo, naturalmente, a sociedade do século XIX. (GAGLIANO; FILHO, 2012, p. 94).

3.1 A MULHER NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Ainda que de forma tímida e vagarosa, os textos legais civis acabam por retratar os caminhos percorridos pela mulher, em busca da visibilidade de seus direitos.

15 A doutrina atribui aos pandectistas alemães à ideia de dotar o Código Civil de uma Parte Geral contendo os princípios gerais aplicáveis aos tomos da Parte Especial. Todavia, Teixeira de Freitas, antes mesmo do surgimento do BGB (Código Civil Alemão), já havia preconizado, em sua “Consolidação das Leis Civis” de 1858, a estruturação do estatuto civil dessa forma. Renan Lotufo (2012, p.21) a propósito, comenta que o Código Alemão “foi o primeiro grande código a ter um sistema orgânico, porque o Brasil não havia aproveitado o projeto de Teixeira de Freitas, que foi o primeiro, no mundo, a propor uma parte geral, servindo de referência e ligação com os demais livros especiais.”

Na lição da civilista maior CASIMIRO (2014), “O Código Civil de 1916 era uma reunião da codificação do século XX. Retratava a sociedade da época, marcadamente patrimonial, conservadora e patriarcal”. Desta forma, só poderia consagrar a superioridade masculina, tornando a força física do homem em um poder pessoal, no mais alto grau de autoridade, oferecendo-lhe o comando exclusivo da família.

Mantendo em seu contexto a latente desigualdade de direitos entre os sexos, o Código de Beviláqua consagra e impõe a incapacidade para a mulher, colocando-a em uma posição de subordinação, já que “a rainha do lar” deve obediência total ao seu marido, dono e senhor da casa.

Ao homem cabia o espaço público; e à mulher, o espaço privado das portas do lar, nos limites de sua família, promovendo, assim, o surgimento da formação de dois mundos distintos: um de dominação, externo, produtor; o outro de submissão, interno e reprodutor. A família, então, possuía as seguintes características: patrimonializada, patriarcal, hierarquizada, matrimonializada e heterossexual. Esse perfil da família, no qual a mulher está inserida, serviu de base para a edição do Código Civil de 1916.

Assim, conduz-se o leitor à análise pormenorizada dos dispositivos civis que, de forma cristalina, tratam de regular a situação jurídica da mulher – e a sua submissão.

3.1.1 A MULHER FRENTE AOS DIREITOS DE FAMÍLIA E SUCESSÓRIO NO CC/16

Sob a égide do Código Civil de 1916, em seu texto legal, o homem, e somente ele, é considerado sujeito de direitos e obrigações: “Art. 2º Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”.¹⁶ Ainda consagrando a desigualdade, o texto legal continua a prelecionar, na primeira parte do seu dispositivo: “Art. 4º A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida”. Assim, a mulher, na concepção da referida legislação, era tida como relativamente incapaz, isto é, não podendo dispor livremente de seus bens e praticar todos os atos relativos à sua pessoa. Os atos da vida civil, quando exercidos por mulheres, deveriam ser guarnecidos por seu assistente legal, qual seja o seu pai, e, uma vez casada, o seu marido. Sem a anuência da figura masculina, o ato jurídico praticado pela mulher era anulado, tornando-se válido apenas quando ratificado.

Beviláqua tentou justificar a condição imposta à mulher, afirmando, em um de seus comentários ao Código Civil de 1916, que embora tivesse estabelecido a incapacidade relativa da mulher, tal consagração era quase meramente formal.¹⁷

Buscando reafirmar o tabu da superioridade masculina, os paternalistas da época tentavam embasar o caráter absolutista da posição do marido na família sustentando que:

Os direitos de ambos os cônjuges são exatamente os mesmos; apenas por questão de unidade na direção de assuntos domésticos, indispensáveis à boa ordem familiar, entrega-se ao marido a autoridade dirigente, destinada a coibir discórdias que fatalmente surgiriam com a dualidade de orientações. (BEVILÁQUA, 1985, p.34).

16 Lei 3.071/1916

17 BEVILÁQUA, Clóvis, 1975, p. 189 apud Ferreira, 1985, p. 34.

Traduzindo a concepção ideológica do instituto do casamento, regulado pela Lei Civil de 1916, DINIZ (2000, p. 5) ensina que “casamento é a união legal entre um homem e uma mulher, com o objetivo de constituírem família legítima”.¹⁸

Para que seja considerado um ato jurídico perfeito, o contrato de casamento precisava obedecer a certas cláusulas, exigidas pela legislação. Obrigatoriamente essa união necessitava ser legalizada entre um homem e uma mulher, sendo vedada, até o momento, união matrimonial entre pessoas do mesmo sexo.

É por meio do contrato de casamento, cercado por suas formalidades, que a família firmaria o seu lugar de destaque em nosso ordenamento jurídico e, conseqüentemente, no meio social. É a chamada família legítima, aquela constituída por meio do matrimônio e consagrada pelo dispositivo 229, do Código Civil de 1916: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos”.

A mulher, uma vez assumindo o estado civil de casada, permanecia em posição jurídica de inferioridade, sendo declarada a sua condição de relativamente incapaz, desta vez expressamente prevista em um contrato conjugal de restrição. A função da esposa ao lado do cônjuge varão era de consorte, com sentido de obediência, dependência e submissão. O domicílio da mulher casada, por exemplo, era regulado pelo mesmo dispositivo legal que tratava do domicílio dos incapazes, consagrando que: “Art.36. Os incapazes têm por domicílio dos seus representantes. Parágrafo Único. ‘A mulher casada tem por domicílio do seu marido”.

Sobre a chefia da sociedade conjugal, a derogada Lei Civil de 1916, informava: “Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher (...)” À mulher cabia a condição de mera colaboradora do seu senhor, pois ele, “o cabeça-do-casal”, era quem administrava os bens da esposa e dos filhos. À mulher competia, de forma soberana, a administração da sociedade conjugal, em apenas alguns casos elencados taxativamente em lei, tais como: quando o marido estivesse em lugar remoto ou não sabido; estivesse em cárcere por mais de dois anos ou fosse judicialmente declarado o seu interdito.¹⁹

Em relação às decisões concernentes à família, como a do consentimento para o casamento dos filhos “legítimos”²⁰, menores de 21 anos, mais uma vez, fica oprimida a voz feminina: “Art. 186. Discordando eles entre si, prevalecerá a vontade paterna (...)”.

Um dos dispositivos que mais gerava revolta entre as mulheres era o que legalizava o defloramento²¹ como erro essencial sobre a pessoa do marido, ensejando a anulação do

18 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. V.5. Direito de Família, 2000, p. 5.

19 Artigo 251, Lei 3.071/1916.

20 Sobre o assunto, comenta DIAS (2013, p. 27): “A condição matrimonial dos pais levava a uma cruel divisão entre os filhos. Era alijada de qualquer direito a prole concebida fora do casamento. Nominados de naturais, adúlteros, incestuosos, todos eram rotulados como filhos ilegítimos, sem direito de buscar a sua identidade. Não poderiam ser reconhecidos enquanto o pai fosse casado. Só o desquite ou morte permitia a demanda investigatória de paternidade. Os filhos eram punidos pela postura do pai que saia premiado, pois não assumia qualquer responsabilidade pelo fruto de sua aventura extramatrimonial. Quem era onerada era a mãe que acabava tendo de sustentar sozinha o filho, pagando o preço pela “desonra” de ter um filho “bastardo”. Com o advento da Constituição Federal de 1988, que consagrou o Princípio da Igualdade entre os filhos, tal nomenclatura não é mais utilizada, por comportar aspectos preconceituosos e discriminatórios.

21 Extrai-se o seguinte conceito para defloramento: em regra, deflorar, significa tirar as flores, tirar a virgindade. Advém da posse carnal de mulher virgem, ou seja, da primeira cópula.

casamento. Desde os tempos antigos, com a consagração das características de castidade e pureza impugnadas à mulher pelos dogmas da religião católica, sempre foi supervalorizada a questão da virgindade feminina. Tanto que o Código Civil de 1916 condenava expressamente a mulher que casasse deflorada, pois, implicitamente, tornaria insuportável a vida do seu senhor, no tocante à sua reputação, à sua moral frente à sociedade. Em outras palavras, o casamento pode ser anulado caso haja o “erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge” - entre esses “erros” está o “defloramento da mulher, anterior ao casamento e ignorado pelo marido”, ou seja, o fato de a mulher não ter chegado virgem ao matrimônio significava afirmar que ela possuía uma espécie de “vício redibitório” e, para tanto, não restaria alternativa a não ser a de anular o negócio por meio do qual ficou legalmente estabelecida a união.

Em relação ao nome, prevalecia no parágrafo único, do artigo 240, que a mulher poderia acrescentar aos seus os apelidos do marido, pois, na lição de DIAS (2004, p.56): “A família se identificava pelo nome do varão, sendo a mulher obrigada a adotar os apelidos do marido”.²² Ou seja, diante do exposto, no casamento, a mulher, ao assumir o sobrenome do marido, assume a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família, enquanto o marido é o “chefe da sociedade conjugal”, o representante da família, o administrador dos bens comuns e dos particulares da mulher e o único com direito de fixar e mudar o domicílio da família.

Outro aspecto importante que merece ser ressaltado é concernente ao instituto do Regime Dotal²³, que, em definição de BEVILÁQUA (1999, p.47), se conceitua como “a porção de bens que a mulher, ou alguém por ela, transfere ao marido para, do rendimento deles, tirar subsídio à sustentação dos encargos matrimoniais, sob a condição de os restituir depois de dissolvida a sociedade conjugal.” Em outras palavras, o dote era uma espécie de doação nupcial feita somente à filha. É um dos regimes mais ofensivos à mulher, no que toca também aos direitos de sua personalidade.

No que toca à pensão alimentícia, o Código Civil, com nítida roupagem patriarcal, impunha ao homem e somente a ele a manutenção da família, só merecendo alimentos a mulher inocente e pobre, cessando o dever de sustento no caso de abandono do lar sem justo motivo. A tentativa de manutenção do casamento fez a Lei Civil de 1916 tornar indispensável a identificação do culpado pela separação. Sendo eleita como a responsável pelo desfazimento do vínculo que deveria ser indissolúvel, a mulher perdia o direito de perceber alimentos e era condenada à perda do nome do marido. Afinal, uma mulher desquitada era uma mulher “não quite” com a moral social impregnada na época.

Nas sábias palavras de DIAS (2004, p.14-15), fica retratada a posição jurídica da mulher, naquela sociedade, na qual imperava a legislação Civil de 1916:

22 Com a codificação em 1916, a mulher passou a ter direito de assumir o sobrenome do marido. Antigamente, a prioridade das famílias era ter filhos homens, para manter a perpetuação do nome.

23 Uma das modalidades de regimes de bens que deveria constar na escritura antenupcial e que consistia em uma quantia em dinheiro ou em bens que os pais da noiva entregavam ao noivo no dia do casamento. O dote ainda existe em alguns países. No Brasil, apesar de constar expressamente no CC/16 até a data da sua derrogação, 2002, nunca foi obrigatório e sim um costume machista que foi desaparecendo com a evolução dos direitos das mulheres.

Assim como os reis e as rainhas “de verdade”, também as mulheres são submetidas, desde o nascimento, a um rigoroso treinamento para o desempenho da missão à qual foram predestinadas. As meninas são vestidas de “cor-de-rosa”, para identificar toda a sua suavidade e doçura. De imediato, furam suas orelhas e lhes colocam brincos, sendo adornadas com laços, rendas e fitas. Afinal, as mulheres têm de ser belas e sedutoras e, além disso, ser meigas, castas e recatadas. Seus brinquedos são bonecas, panelinhas, casinhas, nada mais do que instrumentos que se destinam ao bom desempenho do seu reinado. O único e grande sonho de realização é encontrar o príncipe encantado, casar e ser feliz para sempre, como no final dos contos de fadas, dos filmes de Hollywood ou das novelas de televisão. Depois de toda uma trajetória de culto ao corpo, que inclui a malhação, dietas, academias, e após muita espera e persistência, eis que chega o grande dia. Vestida de noiva com véu e grinalda, é entregue pelo pai ao marido, até que a morte os separe... Aí começa o seu reinado. Seu cetro é a vassoura, sua coroa, quem sabe, uma lata d’água e seu manto, montanhas de roupas para passar. Como bem lhe ensinaram, a ela cabe o papel de esposa e mãe, o que não raro se desdobra em cuidar de doentes e idosos. É a responsável pelas tarefas domésticas. Isso inclui limpar, cozinhar, lavar, costurar, fazer compras, além, é claro, de cuidar da educação, da socialização, da saúde e do bom desenvolvimento dos seus filhos, mas sem descuidar do marido. Porém, essas lides caseiras não são reconhecidas, não gozam de qualquer prestígio social. Por não ser trabalho remunerado, não é contabilizado, não possui valor econômico. Assim, as donas de casa são trabalhadoras que não recebem salário, não fazem jus a descanso semanal, limite de jornada, feriados, licenças e nem à aposentadoria ou à previdência social. A obrigação pelo exercício dessas atividades está ligada à equivocada noção de que elas decorrem da natural divisão do trabalho. Por terem as mulheres o monopólio da função reprodutiva e a capacidade de amamentação, a elas se atribui, com exclusividade, toda a responsabilidade pela criação dos filhos e organização do lar. No entanto, a reserva de papéis diferenciados ao homem e à mulher é uma construção cultural, que acaba gerando uma hierarquização pela mais-valia que se atribui às atividades masculinas pela só razão de que os homens ocupam o espaço público, monopolizam o poder econômico e político (...) Não bastasse tudo isso - ou talvez em face de tudo isso - a rainha do lar ocupa uma posição subordinada e de submissão, pois deve obediência ao marido, dono e senhor da casa. De todo esse reino de sujeição, a rainha, sem dúvida alguma, é sempre a mulher. Até quando? Mister que tome consciência de suas potencialidades e busque em sua realização pessoal para além do circuito doméstico. (DIAS, 2004, p. 14-15)

Quando o Código Civil de 1916 falava em indenização por dano físico ou moral, as medidas eram diferentes para os homens e mulheres. No caso de indenização por atos ilícitos, se a vítima fosse “mulher solteira ou viúva ainda capaz de casar”, o ofensor deveria dotá-la, segundo suas posses, as circunstâncias e a gravidade do defeito. Se a vítima fosse homem, a indenização consistiria no pagamento das despesas do tratamento e os lucros cessantes até o fim da convalescença, além de importância da multa no grau médio. Especialmente, sobre a situação da mulher, o Código acrescentava:

A mulher agravada em sua honra tem direito de exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à condição e estado da ofendida: I. Se virgem e menor, for deflorada. II. Se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças. III. Se for seduzida com promessas de casamento. IV. Se for raptada.²⁴

24 Artigo 1548, Lei 3.071/1916.

Em relação ao Direito Sucessório, ensina a civilista CASIMIRO (2014): “O direito sucessório está agregado a inúmeros outros direitos, mas dentre os principais, o Direito das Famílias - já que nele também se verifica o regime ou a forma de constituição do direito de propriedade, em sua forma derivada. O papel da mulher, levando-se para os aspectos histórico e evolutivo na sociedade, trouxe reflexos na relação jurídica sucessória.” No título da sucessão, o Código Civil de 1916 prelecionava “ao cônjuge sobrevivente, no casamento por comunhão de bens, cabe continuar, até a partilha, na posse da herança, com cargo de cabeça do casal”. Trazia, entretanto, uma ressalva no caso de o cônjuge sobrevivente ser a mulher: só poderia ter o mesmo direito se ela estivesse vivendo com o marido ao tempo de sua morte. Entre as principais regulamentações discriminatórias impostas pela Lei Civil de 1916, ainda encontra-se o direito do pai de deserdar a chamada filha “desonesta”²⁵, além da mulher não poder, sem a prévia autorização do marido, aceitar ou rejeitar a herança. Mais uma evidência da opressão da época pode ser vislumbrada na norma que dispunha sobre a perda do poder familiar em relação aos filhos do primeiro casamento se a viúva contraísse novas núpcias. Cumpre salientar, também, que sob a égide do Código Civil de 1916, a esposa era apenas uma herdeira facultativa.

O Código Civil de 1916, com relação à mulher, esbanjou em discriminação, tratando-a com um ser inferior, “relativamente incapaz”, necessitada de proteção, orientação e aprovação masculina, pois a situação de inferioridade da mulher decorria das próprias características estruturais da família. Somente em 1962, com o advento da Lei 4.121/62, denominada de Estatuto da Mulher Casada, verifica-se, em verdade, o primeiro marco histórico legislativo relevante à luta da emancipação da mulher no Brasil.

3.2 O ESTATUTO DA MULHER CASADA E SUAS PRINCIPAIS PREVISÕES EMANCIPATÓRIAS

Alguns diplomas legais alteraram substancialmente os direitos da mulher. A exemplo disso, temos a Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962, denominada de Estatuto da Mulher Casada. Com a palavra, a civilista maior CASIMIRO (2014): “O Estatuto da Mulher Casada revogou diversas normas discriminatórias, principalmente no tocante à incapacidade feminina, que era tão cristalina nos textos legais do Código Civil de 1916.” Pois, somente com o advento da referida Lei, a mulher deixa de ser considerada relativamente incapaz, adquirindo, finalmente, a sua capacidade jurídica plena, garantida pela lei civil, além de ampliar a participação da mulher no exercício do poder familiar, o quanto competia ao pai com a colaboração da mãe, melhorando a posição da mulher na sociedade conjugal em relação aos filhos. Nas palavras de DIAS (2004, p.56)²⁶

25 O Código Civil de 1916 não explicitou o que seria “mulher honesta”. Por outro lado, em nenhum dispositivo utilizou a expressão “homem honesto”, isto porque a honestidade era vista por ângulos diferentes e, conseqüentemente, a depender do gênero, possuía sentidos distintos: enquanto um homem era considerado “honesto” quando não praticava atos ilícitos em sua vida pública, mantendo sua moral ilibada, a mulher era considerada “honesto” em razão de características atribuídas a ela, em razão da sua pureza, discrição, vida sexual restrita ao casamento, ou seja, avaliada por sua vida privada.

26 DIAS, Maria Berenice. Conversando sobre a mulher e os seus direitos, 2004, p. 56.

Concedeu, ainda, à mulher, o direito de ficar com a guarda dos filhos menores e estabeleceu que, se a mãe contraísse matrimônio novamente, não perderia os direitos do poder familiar. Além disso, estabeleceu o direito da mãe recorrer ao Judiciário se não concordasse com as decisões do marido em relação aos filhos. Consagrou o princípio do livre exercício da profissão da mulher, instituindo uma nova categoria de bens chamados bens reservados, em função de sua autonomia profissional. Tratava dos bens adquiridos como resultado do seu trabalho, que eram de sua exclusiva administração, independente do regime de bens do casamento, e postos a salvo de execução de dívidas do marido, necessitando apenas da autorização do varão se fossem bens imóveis. (DIAS, 2004, p. 58).

Em relação ao domicílio que, pela voz legislativa do Código de 1916, era de escolha exclusiva do marido, a mulher passou a ter o direito de recorrer ao juiz, se essa escolha viesse a prejudicá-la. Além de tais modificações, o Estatuto da Mulher Casada suprimiu a autorização marital em casos nos quais a mulher pudesse aceitar ou recusar herança ou legado, tutela, curatela, múnus público ou mandato, não necessitando mais da anuência do marido para exercer profissão e para litigar em juízo. Também pelo Estatuto, a mulher que contrai novas núpcias tem o pátrio poder sobre os filhos havidos no casamento anterior, sem qualquer interferência do novo cônjuge.

Todavia, a igualdade alcançada entre os cônjuges foi muito resumida, ainda presente o preconceito. A autoridade do marido foi mantida, embora estabelecido que essa autoridade deveria ser exercida no estrito benefício da família, somente “como garantia da preservação da unidade familiar”. Permaneceu também o direito do marido anular o casamento se descobrisse que sua mulher não era virgem e o direito do pai deserdar a filha desonesta.

Diante da evidente discriminação ainda existente após a Lei nº 4.121 de 1962, DIAS (2004, p. 58)²⁷ se manifesta:

Todas elas, sem exceção alguma, traduzem preconceitos paternalistas enraizados em nossos costumes sociais que adentraram o direito positivo brasileiro a mingua de qualquer justificativa científica idônea. Por mais que seja irreversível, a trajetória das mulheres ainda está muito condicionada à função reprodutora. A santificação da maternidade impõe-lhe um comprometimento exclusivo com relação aos filhos, o que leva à chamada síndrome da abnegação feminina. Normalmente, falta-lhe um projeto de vida próprio, o que traz graves problemas de identidade. Como a sociedade ainda possui uma visão estigmatizada da mulher, ligada mais aos seus dotes físicos, do que seus atributos intelectuais, difícil é o seu acesso ao poder. Foram necessários 462 anos para a mulher casada deixar de ser considerada relativamente incapaz. (DIAS, 2004, p. 58).

De acordo com a douta opinião de DIAS, “a lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, alterou profundamente a situação jurídica da mulher casada [...], emancipou-a, parcialmente, da posição de inferioridade que ocupava no seio da sociedade conjugal.”

27 DIAS, Maria Berenice. Conversando sobre a mulher e os seus direitos, 2004, p. 58.

Dando continuidade à análise cronológica legislativa, passaremos agora a tecer comentários acerca da Lei do Divórcio de 1977 e, com ela, as suas principais alterações, quando, finalmente, passam a emergir novos valores sociais referentes à dignidade da mulher a sua autonomia, liberdade e privacidade na área da sexualidade.

3.3 A LEI 6.515/77 E A FESTA DO DIVÓRCIO

Em 26 de dezembro de 1977, entrou em vigor a chamada Lei do Divórcio, outro divisor de águas com relação ao casamento Civil no Brasil. Com o afã de regular os casos de dissolução da sociedade conjugal, por qualquer dos cônjuges, a referida Lei suprime o secular princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial. Nas palavras de DIAS (2004, p.45),

As barreiras que se opunham à indissolubilidade do casamento foram desfeitas. A palavra “desquite” foi finalmente abolida e substituída por separação judicial. E as pessoas passaram a ter o direito de buscar a felicidade pessoal e construir um novo lar. A lei do divórcio desobrigou a mulher de portar o patronímico do marido. (DIAS, 2004, p.45).

Finalmente é anunciada pela Lei do Divórcio uma das demonstrações de igualdade entre homens e mulheres, no que diz respeito à guarda dos filhos, prelecionando que: quando os cônjuges fossem separados judicialmente, deveriam contribuir na proporção de seus recursos para manter os filhos; quando separados consensualmente, poderiam determinar como a guarda dos filhos seria; e em caso de separação judicial atribuía a guarda àquele que não tivesse causado a separação, mas se a responsabilidade fosse de ambos, não havendo acordo entre os pais, o menor ficaria em poder da mãe.

Ademais, entre as principais modificações, destaca em sua lição a civilista CASIMIRO (2014) que:

o regime da comunhão parcial passa a ser adotado como regime legal automático. Nesse caso, os patrimônios só se confundem após o casamento, isto é, excluem-se os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os que sobrevierem, na constância do matrimônio, por doação ou sucessão causa mortis. Dessa maneira, o regime da comunhão universal passou a ser convencional, necessitando de uma previsão por meio do pacto antenupcial, para vigorar na relação matrimonial. (CASIMIRO, 2014).

Entretanto, apesar de alterar significativamente o Código Civil de 1916, a Lei do Divórcio veio munida de condicionalidades, entre elas: o divórcio só poderia ocorrer uma única vez; primeiro teria que haver uma separação judicial de três anos para então se requerer o divórcio; se não houvesse a prévia separação judicial, só seria possível com uma separação de fato por cinco anos²⁸.

28 Posteriormente, tais condições foram afastadas, os prazos foram diminuídos para um ano, em caso de separação judicial e dois anos, em se tratando do chamado divórcio direto, além de passar a existir a possibilidade da separação ou divórcio pela via administrativa, quando não existissem filhos menores ou incapazes. Foi retirada também a vedação de mais de um divórcio.

Somente mais tarde, com o surgimento da Constituição Federal de 1988 e os seus ares de modernidade e igualdade, poderão ser vislumbradas as profundas alterações no campo das relações familiares e, conseqüentemente, no que toca à igualdade entre homem e mulher, acabando por revogar toda legislação que oferecesse primazia ao homem.

3.4 A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E OS DIREITOS DA MULHER

É a nossa última e atual Constituição. A de 1988. A que buscou resgatar a igualdade, centro da democracia desde a Revolução Francesa. Também conhecida como “A Constituição Cidadã”, foi elaborada com ampla participação social. O movimento de mulheres e feministas foi um dos grupos que mais emprestaram a sua voz, influenciando de forma ativa os constituintes com seu “lobby do batom”, conseguindo incluir na nova Lei Maior a grande maioria de suas reivindicações de então.

Entre as principais, está a consagração da isonomia – igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Leciona, sobre o assunto, DIAS²⁹ (2004, p. 65)

Três eixos nortearam uma grande reviravolta nos aspectos jurídicos da família. Ainda que o Princípio da Igualdade já viesse consagrado desde a Constituição Federal de 1937, além da igualdade de todos perante a lei (art.5º), pela primeira vez foi enfatizada a igualdade entre homens e mulheres, em direitos e obrigações (inc. I do art. 5º); De forma até repetitiva é afirmado que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (§ 5º, do art. 226). Mas a Constituição de 1988 ainda foi além. Já no preâmbulo assegura o direito à igualdade e estabelece como objetivo fundamental do Estado promover o bem de todos, sem preconceito de sexo (§ 6º do art. 227). (DIAS, 2004, p.64)

Homens e mulheres passaram a ter os mesmos direitos e obrigações tanto na vida civil, quanto no trabalho e no núcleo familiar. Finalmente foi decretada a igualdade jurídica entre homem e mulher, provocando uma grande mudança, principalmente no Direito de Família. O sistema legal, abusivamente discriminatório em relação à mulher, foi finalmente rompido. Nas palavras de DINIZ³⁰ (2013, p. 19):

Com este princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, desaparece o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher, pois os tempos atuais requerem que marido e mulher tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, o patriarcalismo não mais se coaduna com a época atual, nem atende aos anseios do povo brasileiro; por isso juridicamente, o poder de família é substituído pela autoridade conjunta e indivisa, não mais se justificando a submissão legal da mulher. Há uma equivalência de papéis, de modo que a responsabilidade pela família passa a ser dividida igualmente entre o casal. (DINIZ, 2013, p. 19).

29 DIAS, Maria Berenice. Conversando sobre a mulher e os seus direitos, 2004, p.65.

30 DINIZ, Maria Helena. Curso Brasileiro de Direito Civil. Vol. V. Direito de Família, 2013, p.19.

Os direitos fundamentais como educação, saúde e segurança passaram a ser garantidos e neles foi incluída a proteção à maternidade e à infância. De acordo com o artigo 226, § 8º, o Estado tem o dever de criar mecanismos para coibir a violência doméstica. Ademais, a Constituição de 1988 também ofereceu à mulher o direito ao título de domínio e a concessão de uso da terra, tanto na área urbana como na rural, independente do seu estado civil.

Com *status* de revolução jurídica para o Direito Privado, a promulgação do Novo Código Civil de 2002, que trataremos, particularmente, no ponto seguinte, trouxe relevantes mudanças para a vida dos cidadãos brasileiros, para a(s) família(s) brasileira(s)³¹ e, em especial, à mulher.

3.5 A MULHER E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

No cenário legislativo civil atual, a norma não mais permite qualquer espécie de restrição aos direitos da mulher, a não ser a que lhe obriga a ter a outorga uxória do marido, não podendo assumir nenhuma obrigação que cause alienação dos bens do casal.

Transcorridos quase cem anos entre os dois Códigos, período em que grandes foram as transformações sociais e, conseqüentemente, legais, principalmente no que toca ao âmbito do Direito das Famílias, um dos grandes méritos do atual Código Civil foi o de afastar toda uma terminologia discriminatória, não só com relação à mulher, mas também com referência à família e à filiação.

Dentro do espírito do Novo Código Civil, a mulher é libertada legislativamente, isto é, logo de saída, as mulheres têm a grata satisfação de serem consideradas “pessoas”, assim como os homens: o artigo que, desde 1916, dizia que “todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil” passou a ser “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” Tal modificação parece ser simplória, todavia vem desmistificar a soberania do homem como representante gramatical da humanidade³².

Voltando-se, exclusivamente, para os avanços do Código Civil de 2002, a isonomia entre homens e mulheres foi declarada expressa e nitidamente como regra. No Livro do Direito das Famílias, fica estabelecido que “o casamento é a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, afirmando, mais adiante, que “a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”.

Com relação à adoção do nome do outro cônjuge, o Novo Código Civil oferece a possibilidade para qualquer dos nubentes, querendo, acrescentar ao seu nome o nome do outro, ou seja, o marido também poderá, sob a luz do CC/02, acrescentar ao seu nome o sobrenome da esposa. Ou ainda, ambos podem continuar com os sobrenomes de solteiros.

Ao invés de carregar em seu texto legislativo a expressão do “pátrio poder”, a vigente Legislação Civil adota o Poder Família como regra, afastando o manto preconceituoso da época patriarcal e consagrando a igualdade de gêneros também quanto ao sustento da família, pois

31 A Constituição Federal de 1988 reconheceu a união estável como entidade familiar, podendo ser extraído, a partir deste reconhecimento, o Princípio do Pluralismo Familiar, que atenta ao reconhecimento pelo Estado da possibilidade de arranjos familiares nas suas mais diversas formas.

32 Podendo servir, inclusive, como um marco educativo para mudanças da nossa linguagem.

estabelece que as despesas com a família – educação, saúde, habitação, vestimenta, lazer, entre tantas outras – devem ser repartidas entre o homem e a mulher. Tal obrigação deverá ser cumprida qualquer que seja o regime patrimonial vigorante na relação do casal. Somem as expressões “mulher honesta” e “desquite”, e também o instituto do Regime Dotal.

Não há como negar, portanto, o grande avanço conquistado pela mulher no campo das liberdades individuais, especialmente dentro do núcleo familiar como indicador de sua emancipação frente ao “machismo” marital até há pouco tempo dominante.

O Direito Civil atual, com a voz do Código de Reale³³, demonstra que o Direito pode e deve ser um instrumento de mudança social, impulsionando, como vem fazendo, transformações significativas e efetivas no *status quo* das mulheres, por meio da garantia de sua não discriminação e da promoção da igualdade de gênero.

Nas palavras de DIAS:

O Direito Civil, que emerge no Código Civil de 2002, é obviamente iconoclasta: zomba das classificações tradicionais, dos sistemas totais que integram tudo e todos impiedosamente, das selvas de espelhos, em que cada um contempla no outro o duplo de si próprio, e, principalmente, da visão que toma a liberdade como a exclusão dos demais. Por isso mesmo, é um direito que retorna, de um lado, à melhor tradição kantiana de autodeterminação do indivíduo, e de outro, que se compromete inevitavelmente com o pluralismo. (DIAS, 2004, p. 67).³⁴

4 A LITERATURA DE CLARICE LISPECTOR E A ANÁLISE DOS DIREITOS CIVIS DA MULHER

Anunciada a hora da estrela³⁵, no dia 10 de dezembro de 1920, sob o céu da Ucrânia, nascia uma escritora decidida a desvendar as profundezas da alma humana, que escolheu a literatura como bússola em sua busca pela escondida essência de humanidade³⁶. Seu nome é Clarice Lispector³⁷, nomeeste que ficaria para sempre escrito³⁸ na história da literatura universal.

Após longa viagem, partindo de sua terra natal, a família Lispector chega ao Brasil em 1922, e instala-se na cidade de Maceió, Alagoas, onde residem por cerca de dois anos e meio, mudando-se, em 1925, para Recife, Pernambuco, onde Clarice passaria toda a sua infância acumulando boas lembranças que são citadas em sua obra³⁹. Em 1935, após a morte de Marieta Lispector, mãe de Clarice, a família muda-se para o Rio de Janeiro, e a escritora inicia os seus

33 O Código Civil de 2002.

34 DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e os seus direitos*, 2004, p.67.

35 Referência ao título da última obra escrita de Clarice Lispector, *A Hora da Estrela*, publicada em 1977, meses antes de a escritora ingressar no hospital INPS da Lagoa, no Rio de Janeiro, onde viria a falecer.

36 BORELLI, Olga. *Clarice Lispector: esboço para um possível retrato*, 2008, pg. 2.

37 Em uma entrevista concedida a Júlio Lerner, Clarice explica a origem do seu nome: “*é um nome latino. Eu perguntei ao meu pai desde quando havia Lispector na Ucrânia. Ele disse que desde gerações e gerações. Eu suponho que o nome foi rolando, rolando, rolando, perdendo algumas sílabas e foi formando outra coisa que parece... Lis no peito, em latim... Flor de Lis*”.

38 Só não estava escrito em Tchetchenik (Ucrânia), sua cidade natal, cuja memória histórica foi maculada pelo antissemitismo, pelo fogo e pelo silêncio da história oficial. Para as pessoas daquela cidade, Lispector só passou a “existir” e ter importância após o dia 10 de dezembro de 2002, data esta em que foi descerra uma placa comemorativa junto à porta da biblioteca local.

39 Recife e seus arredores são constantemente citados em suas crônicas, tais como “*BanhosdeMar*”, “*RestosdoCarnaval*” e “*CemAnosdePerdão*”, nas quais a escritora declara o seu amor pela terra brasileira. As crônicas estão reunidas em seu livro “*A Descoberta do Mundo*”, lançado pela editora Rocco, desde 1999.

estudos no Colégio Sílvio Leite, localizado na Tijuca, mesmo bairro onde passam a residir. Em 1939, Clarice Lispector é aprovada em quarto lugar no vestibular da Faculdade Nacional de Direito. Em 1943, após contrair matrimônio com o colega de faculdade Maury Gurgel Valente, que ingressava em uma carreira diplomática, Clarice Lispector publica o primeiro romance, intitulado de *“Perto do Coração Selvagem”*⁴⁰, obra esta que a eternizaria como um dos maiores nomes da literatura brasileira. Nela, Clarice aborda a história da enigmática personagem Joana, que dispara, firmando a sua posição feminista, a seguinte reflexão:

Como ligar-se a um homem senão permitindo que ele a aprisione? E havia um meio de ter as coisas sem que as coisas a possuíssem? Liberdade é pouco. O que eu desejo ainda não tem nome.⁴¹ (LISPECTOR, 2007, p.31)

Resgatando a memória feminina e a situação histórica de privações impostas às mulheres, para produzir sua literatura, Lispector, por meio da voz de Joana, que é, na verdade, um pseudônimo que retrata a biografia da própria escritora, decreta “ela não era obrigada a seguir o passado, e com uma palavra podia inventar um caminho de vida.”⁴² E ainda Clarice descreve, com a voz de Joana, o que significou para ela, o casamento:

Isso vem contra mim. Pois eu não pensava em me casar. O mais engraçado é que ainda tenho a certeza de que não casei... Julgava mais ou menos isso: o casamento é o fim, depois de me casar nada mais poderá me acontecer. Imagine: ter sempre uma pessoa ao lado, não conhecer a solidão. – Meu Deus! – não estar consigo mesma nunca, nunca. E ser uma mulher casada, quer dizer, uma pessoa com um destino traçado. Daí em diante é só esperar pela morte. Eu pensava: nem a liberdade de ser infeliz se conserva porque se arrasta consigo outra pessoa. Há alguém que sempre a observa, que a perscruta, que acompanha todos os seus movimentos. E mesmo o cansaço da vida tem certa beleza quando é suportado sozinha e desesperada – eu pensava. Mas a dois, comendo diariamente o mesmo pão sem sal, assistindo à própria derrota na derrota do outro... Isso sem contar com o peso dos hábitos refletidos nos hábitos do outro, o peso do leitor comum, da mesa comum, da vida comum, preparando e ameaçando a morte comum. Eu sempre dizia: nunca.⁴³ (LISPECTOR, 2007, p 33)

A crítica velada de Clarice Lispector ao modelo paternal existente na produção literária é percebida pela maneira como a escritora retrata as condições de vida da mulher no núcleo familiar, levando essa mulher além do papel submisso a que se permitia e colocando-a num lugar de reflexão privilegiada. Não será mais fácil, quanto se está *Perto do Coração Selvagem*, pensar a

40 Dificil falar em escrita feminina moderna sem mencionar os aspectos feministas desta escrita. *Perto do Coração Selvagem* promoveu uma reflexão sobre alguns pontos cruciais da Teoria Feminista. Percebe-se essa reflexão quando a autora enlaça na sua obra aspectos político-culturais e político-textuais da literatura feminina e masculina. A maneira como a autora retrata os conflitos de Joana e a sua relação com a família e os homens em geral, retratam fragmentos de uma educação patriarcal, do pai provedor e da criança desamparada com a falta deste. Para Joana a maternidade torna-se algo a ser pensado apenas quando Lídia, amante de seu marido Otávio, engravida dele. Para Joana é o “viver para si mesma” que importa, e não o papel que ela poderia representar como mãe. Para Joana, o casamento é uma forma de se preparar para a ‘morte comum’. Tais reflexões provocadas pela personagem demonstram nitidamente suas influências feministas.

41 LISPECTOR, Clarice. *Perto do Coração Selvagem*, p. 31.

42 LISPECTOR, CLARICE. *Perto do Coração Selvagem*, p. 149.

43 Idem, p. 33.

mulher como antes, ignorar a força do feminino e do feminismo na história literária moderna. À sua maneira existencial, uma de suas marcas registradas, de tratar o universo da mulher, Lispector deflagra uma mulher não mais confinada às portas do lar e à família. Ela leva essa mesma mulher a limites maiores, onde os seus símbolos internalizados e limites da sua incapacidade se esgotam, extrapolam, e se desnudam numa mulher plena, ainda feminina, mas plenamente mulher.

Em um determinado momento, no início da obra, Joana demonstra ser apenas uma menina sonhadora e cheia de dúvidas quanto ao seu destino, quanto à sua própria existência. Em outro, a mesma Joana oscila entre o ódio da sociedade em que vive e a indiferença para com o marido. Foram muitas Joanas reunidas por Clarice. E muitas Clarices reunidas em uma só Joana.

Começa a arder, em *Perto do Coração Selvagem*⁴⁴, o longo pavio de Joana, que fará detonar a bomba⁴⁵:

Ah, Deus, e que tudo venha e caia sobre mim, até a incompreensão de Mim mesma em certos momentos brancos, porque basta-me cumprir e então nada Impedirá meu caminho até a morte-sem-medo, de qualquer luta ou descanso me levantarei forte e bela como um cavalo novo...⁴⁶ (LISPECTOR, 2007, p.202).

A obra clariceana não é de fácil assimilação, pois exige demais do leitor, descentrando-o constantemente, questionando-o, abalando seu sistema de referência – incluindo o de leitor. Em outras palavras, diante da obra de Clarice Lispector, os modelos tradicionais de interpretação de texto desfalecem, como se o tempo todo algo ficasse de fora – e fica. Clarice já havia percebido isso em relação à sua literatura e em várias ocasiões comentou o fato: “Inútil querer me classificar: eu simplesmente escapulo não deixando, gênero não me pega mais.”⁴⁷ Com isso, a escritora reivindica para si, constantemente, tudo o que experiencia no plano literário, atribuindo a este, por sua vez, tudo o que vivencia no plano biográfico. Vida e obra em Clarice Lispector estão estreitamente ligadas. Em uma das entrevistas⁴⁸ concedidas ao jornalista Júlio Lerner, Clarice fala sobre a personagem Joana:

Joana não é simplesmente uma mulher, é o Feminino em carne viva. Face aos homens fala uma língua ininteligível, dizendo sentimentos desencontrados, que enlouquecem a bússola que norteia o Masculino pelos valores do conhecimento e do reconhecimento. (LISPECTOR, 2007, p.43).

Em 1959, a escritora separa-se de Maury Gurgel Valente e passa a escrever para o “Correio Feminino”, sob o pseudônimo de Helen Palmer. No ano seguinte, em 1960, debruça-se para a escrita da coluna “Só para mulheres”, o que a leva a proferir uma conferência⁴⁹ na Universidade do Texas, em Austin, sobre “Literatura de Vanguarda no Brasil”.

44 Em 1954 é lançada a versão francesa da obra, que ganhou diversos prêmios, inclusive, internacionais, dentre os quais, pela importância, destaca-se o prêmio Graça Aranha, de melhor romance do ano de 1943.

45 BORELLI, Olga. Clarice Lispector: esboço para um possível retrato, 2008, p. 48.

46 LISPECTOR, Clarice. *Perto do Coração Selvagem*, p. 202.

47 LISPECTOR, Clarice. *A Descoberta do Mundo*, 1973, p. 14.

48 O leitor poderá encontrá-la no livro: Clarice Lispector, essa desconhecida..., de Júlio Lerner, publicado pela editora *vialettera*, em 2007.

49 No XI Congresso Bienal Internacional de Literatura Ibero-Americana.

Em 1974 é lançado aos olhos da sociedade um livro de contos, nominado de “*A Via Crucis do Corpo*”, no qual, mais uma vez, Clarice grita para a sociedade a sua opinião acerca da condição feminina:

Ela era sujeita a julgamento. Por isso não contou nada a ninguém. Ser mulher era uma coisa soberba. Só quem era mulher sabia. Mas pensou: será que eu vou ter que pagar um preço muito caro pela minha felicidade? Não se incomodava. Pagaria tudo o que tivesse de pagar. Sempre pagara e sempre fora infeliz.⁵⁰ (LISPECTOR, 2008, p. 24).

Em outubro de 1977, Clarice Lispector publica a sua última obra, “*A Hora da Estrela*”, que viria a relatar com toda clareza a estigmatização da mulher. A escritora desperta o leitor, por meio da história das “fracas aventuras de uma moça numa cidade toda feita contra ela”⁵¹, para uma realidade perturbadora, na qual a personagem principal, a nordestina Macabéa, entra em contato com o mundo opressor onde, para ela, não há espaço. Macabéa é, antes de tudo e de forma inconsciente, uma mulher. Por meio da história de opressão desta mulher, Lispector tece uma reflexão crítica acerca das relações entre os gêneros, “porque há direito ao grito, então eu grito”⁵², demonstrando que, para o retrato social da época, a invisibilidade feminina era a regra:

Transgredir, porém, os meus próprios limites me fascinou de repente. E foi quando pensei em escrever sobre a realidade. Como a nordestina, há milhares de moças espalhadas por cortiços, vagas de cama num quarto, atrás de balcões trabalhando até a estafa. Não notam sequer que são facilmente substituíveis e que tanto existiriam como não existiriam. Poucas se queixam e ao que eu saiba nenhuma reclama por não saber a quem. Esse quem será que existe?⁵³ Eu não inventei essa moça. Ela forçou dentro de mim a sua existência. (LISPECTOR, 2006, p. 45).

Clarice, incansável, dispõe:

Não se trata apenas de narrativa, é antes de tudo vida primária que respira, respira, respira. O que escrevo é mais do que invenção, é minha obrigação contar sobre essa moça entre milhares delas. É dever meu, nem que seja de pouca arte, o de revelar-lhe a vida. Porque há direito ao grito. Então eu grito. E quero aceitar minha liberdade sem pensar o que muitos acham. (LISPECTOR, 2006, p. 13).

Para se igualar à objetificação feminina, o narrador, que é, na verdade, Clarice Lispector, explica:

A ação desta história terá como resultado minha transfiguração em outrem e minha materialização enfim em objeto. (LISPECTOR, 2006, p.14)

50 LISPECTOR, Clarice. *A Via Crucis do Corpo*, Miss Algrave, p. 13.

51 LISPECTOR, Clarice. *A Hora da Estrela*, 1977, p. 15.

52 LISPECTOR, Clarice. *A Hora da Estrela*, 2006, p. 13.

53 Uma curiosidade sobre a obra pode ser observada quando se descobre que o seu narrador é um homem, chamado Rodrigo S.M., criado por Clarice Lispector para introduzir a ideia de que homens deveriam ser os pioneiros na observância e no interesse da luta pela igualdade de gêneros. O narrador, durante a obra, pede uma resposta da sociedade, quando anuncia na dedicatória do livro: “*trata-se de um livro inacabado porque lhe falta a resposta. Respostaesta que espero que alguém no mundo me dê. Vós?*”.

Surge, então, na narrativa, Olímpico de Jesus, que “abre a boca e fala pedindo e ordenando os direitos do homem”⁵⁴, envolvendo Macabéa em um pseudorromance para tentar tirar-lhe proveito de sua ingenuidade, pois fora criado por “um padraço que lhe ensinara o modo fino de tratar pessoas para se aproveitar delas e lhe ensinara como pegar mulher”⁵⁵. Macabéa, em suas ilusões:

Nunca esqueceria que no primeiro encontro ele a chamara de “senhorinha”, ele fizera dela umalguém. (LISPECTOR, 2006, p.27).

Clarice Lispector traduz o mistério do relacionamento:

Olímpico talvez visse que Macabéa não tinha força de raça, era subproduto. Mas quando ele viu Glória, colega de Macabéa, sentiu logo que ela tinha classe. Glória era bem alimentada. E isso fazia dela material de boa qualidade.⁵⁶ (LISPECTOR, 2006, p.59).

Macabéa sofre um acidente, é atropelada literalmente, mas não mais apenas por sua realidade. Na sua hora, Macabéa descobre, enfim, o segredo que tanto buscava:

Iria morrer, na morte passava de virgem a mulher. Pois só agora entendia que mulher nasce mulher desde o primeiro vagido. O destino de uma mulher é ser mulher⁵⁷. (LISPECTOR, 2006, p.84).

Por meio da personagem Macabéa, Clarice Lispector denuncia o destino de opressão, de desigualdade que foi reservado à mulher graças ao reflexo social da época e que findou refletindo diretamente na elaboração das leis civis, a exemplo do antigo Código Civil Brasileiro⁵⁸.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfim a mulher foi libertada legislativamente, agora resta que a tal libertação deixe de ser norma flutuante em textos legais, e passe a ser aplicada no plano social concreto, pois uma lei, por si só, enquanto não estiver acompanhada de uma cultura consciente, que promova a inclusão e o despertar de direitos, não produz efeitos plenos.

As figuras femininas modernas afastam-se cada vez mais de Macabéa e de tantas outras mulheres que foram retratadas e capturadas pelos escritos de Clarice Lispector. Com o advento do Estatuto da Mulher Casada, em 1962, a figura feminina foi alforriada do soberano comando masculino e, a partir deste momento, inúmeras leis sucessivas culminaram com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, buscando garantir e reforçar as conquistas que foram precedidas de enorme luta pelas mulheres brasileiras. Fica comprovado que, no momento

54 LISPECTOR, Clarice. A Hora da Estrela, 2006, p. 46.

55 Idem, p. 44.

56 LISPECTOR, Clarice. A Hora da Estrela, 2006, p. 59.

57 Idem, p. 84.

58 Código Civil de 1916, o “Código de Beviláqua”.

em que o gênero feminino obteve emancipação e, conseqüentemente, o firmamento dos seus direitos civis, os quais foram referendados pelo Código Civil de 2002, a luta apenas se iniciou, pois as mulheres, que antes eram “marcadas pelo seu sexo”, como já previa Simone de Beauvoir, agora se tornam marcadas pela luta secular em levantar a bandeira da igualdade “e cair no abismo povoado de gritos: o inferno da liberdade”.

REFERÊNCIAS

ALVES, Branca Moreira. **O que é feminismo**. Ed. Agir, 1991.

ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. **Igualdade de Gêneros e Ações Afirmativas**. Ed. Saraiva, 2012.

BEAUVOIR, Simone. **O Segundo Sexo**. Ed. Agir.

BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano**. Ed. Rocco, 2001.

BORELLI, Olga. **Clarice Lispector: esboço para um possível retrato**, Ed. Letras, 2008

BRASIL, **Lei 10.406/2002**, Código Civil.

BRASIL, **Lei 3.071/1916**, Código Civil.

CASIMIRO, Luciana Flávia Nunes. **Aulas de Direito Civil**. 2014.1, 2014.2.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Ed. Martin Claret, 2009.

DEL PRIORE, Mary. **Conversas de Mulheres**. Ed. Contexto, 2014.

_____. **História das Mulheres no Brasil**. Ed. Contexto, 2014.

_____. **Teoria Política do Feminismo, abordagens brasileiras**. Ed. Contexto, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre a mulher e os seus direitos**. 1ª Ed. Livraria do Advogado, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 2ª Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Sucessões**. 2ª Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15ª Ed. Saraiva, 2011

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasil. V. V – Direito de Família.** 30^a. Ed. Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. V. I – Teoria Geral do Direito Civil.** 29^a. Ed. Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário.** 2^a Ed. Saraiva, 2012.

GRO-LIMA, Bernadete. **O percurso das personagens de Clarice Lispector.** Ed. Saraiva, 2009.

LISPECTOR, Clarice. **A Hora da Estrela.** Ed. Rocco, 2006.

LISPECTOR, Clarice. **A Via Crucis do Corpo.** Ed. Rocco, 2006.

LISPECTOR, Clarice. **Perto do Coração Selvagem.** Ed. Rocco, 2006.

PALASTINO, Gilda. **O discurso da falta em Clarice Lispector.** Ed. Novo Conceito, 2008.

NÍSIA FLORESTA: UMA HUMANISTA NO SÉCULO XIX

Ana Paula Oliveira Cacho de Santana¹

RESUMO

Este trabalho dedica-se a uma obtenção de melhor compreensão da interlocução entre a obra de Nísia Floresta e os Direitos Humanos. Através de fragmentos de suas obras, fundamentalmente, será abordada, em particular, a íntima ligação entre a sua fala e o Direito. Através da análise da obra de Nísia, constatamos sua luta em prol dos direitos das mulheres, negros e índios, os quais eram desrespeitados no século XIX. Ela luta pela igualdade de raça, sexo e cor. Ela luta pelo respeito ao ser humano.

Palavras chaves: Direitos humanos – luta- igualdade -sexo- cor -raça –século XIX.

NÍSIA FLORESTA: A 19TH CENTURY HUMANIST

ABSTRACT

This paper aims at obtaining a better understanding from the dialogue between the work of Nísia Floresta and Human Rights. The intimate connection between her speech and Law will be addressed through fragments from her books. Nísia's work clearly shows how she fought for the rights of women, black people and Indigenous People, rights that were completely disrespected in the 19th century. Nísia fights for respect and race and gender equality.

Keywords: Human Rights; Fight; Equality; Gender; Race; 19th Century

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este tema surgiu quando comecei a pesquisar sobre o escritor Câmara Cascudo para a Disciplina História do Direito, ministrada pelo Professor Ricardo Rabinovich. Após o término da disciplina, em virtude da metodologia adotada pelo professor Ricardo, foi nos dada a tarefa de pesquisar alguma personalidade do Direito Brasileiro no Século XIX, a qual pertencesse ao Brasil, de preferência, ao nosso Estado de origem.

A princípio escolhi como tema de pesquisa o escritor Câmara Cascudo, com quem poderia fazer um paralelo com os Direitos Humanos, visto que este tema consiste na base de minha tese futura.

No curso de doutorado, mais especificamente, na disciplina História do Direito, conforme mencionado, comecei a pesquisar sobre o referido autor, entretanto, ao reunir elementos da pesquisa e ler as obras de Câmara Cascudo, deparei-me com dois artigos dele sobre a autora feminista e humanista Nísia Floresta.

¹ Professora de Direitos Humanos e História do Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade de Buenos Aires.

Foi no desenrolar dessa exigência curricular, que passei a ter uma nova leitura de Cascudo, bem como descobri esta mulher maravilhosa. Comecei a buscar e pesquisar sobre ela e me deparei com um ser absolutamente instigante e maravilhoso, com um pensamento à frente de seu tempo. Ao se referir a Nísia, Cascudo a descreve: *“Aí se emplumara a grande ave de arribação, cujas asas não cabiam nos limites do ninho...”*². Decidi, então, mudar o cerne da pesquisa e comecei a resgatar a história de Nísia Floresta.

Assim, o presente trabalho, com suporte em uma revisão bibliográfica, tem por objetivo geral demonstrar a importância e o alcance da atuação das obras de Nísia Floresta no âmbito dos Direitos Humanos, permeando suas obras e o contexto histórico de seu tempo.

Nísia/Dionísia foi uma mulher de muitos nomes, também de muitas vidas. A sua maior preocupação: o sonho pela igualdade entre homens e mulheres. Baseada nesse argumento, Nísia Floresta defende que a valorização da mulher é inerente à própria sociedade e não apenas a elas singularmente.

Pensar em um Estado Democrático de Direito, como é o Brasil, deve-se considerar também a igualdade de direitos entre os cidadãos e cidadãs, independente de raça, sexo, orientação sexual ou condição social. Nossa Constituição assegura todos esses direitos, entretanto, na prática, ainda estamos trilhando o caminho para a efetivação desses direitos e garantias.

Em virtude disso, a discussão feita por Nísia é tão atual. Mesmo tendo percorrido um longo caminho evolutivo, chegamos ao século XXI desejosos de mudança. E o estudo do Direito acompanha a dialética da sociedade como se fosse um movimento constante de idas e voltas ao passado para melhor compreender o presente e construir o futuro.

Nesse sentido, é importante destacar a relevância desse tema para o estudo do Direito, a qual se dá na medida em que estudar a vida e obra de Nísia Floresta é manter viva a chama da evolução dos direitos humanos e não permitir que a história dessa brasileira seja renegada, hoje, como o foi no Brasil do Século XIX.

Muitos dizem que estudar história é algo muito árido, todavia, a História é uma ciência linda, vibrante, como diz Rabinovich (2007, p.76): *“La historia es, de todas as ciências, la más joven, la más viva, la más dinámica, la más apasionante, la más humana.”* Então vamos iniciar nossa viagem no mundo dessa fascinante mulher do século XIX.

2 UMA BREVE BIOGRAFIA

De acordo com os registros históricos, conforme se depreende dos documentos anexos ao final deste trabalho, em 1810, no dia 12 de outubro, nasceu Dionísia Gonçalves Pinto, filha do escultor e advogado português Dionísio Gonçalves Pinto Lisboa e da brasileira Antônia Clara Freire, no Sítio Floresta, em Papari (RN).

Dionísia casou-se cedo, como era costumeiro no século XIX. Aos treze anos, casou-se com Manuel Alexandre Seabra de Melo, mas separou-se em alguns meses e voltou a residir com os pais.

2 Jornal A República, 19/01/1940.

Conforme esclarece Câmara (1997, p.17): “...Nísia tê-lo ia desposado contra a vontade, o que parece absurdo, tendo-se em consideração que seu pai era um europeu de espírito adiantado, adorado pelos filhos e que não trazia a mulher aferrolhada em casa, escondida das visitas”.

Aqui já iniciamos a perceber que Nísia Floresta, ainda Dionízia, estava muito à frente de seu tempo, pois, já começa a mostrar a sua independência e pensamento moderno, visto que, já em 1824, ela abandona o seu marido e decide voltar a viver com seus pais.

Quantas mulheres em 1800, início do Século XIX, nordestinas, abandonaram seus maridos e retornaram para a casa de seus pais? Elas nem ao menos podiam ficar na sala quando seus maridos recebiam visitas, muito menos abandoná-los. E podemos destacar aqui, também, a aceitação da família de Nísia em acolher a filha. Os pais de Nísia também estavam à frente de seu tempo.

Depois da morte de seu pai, em 17 de agosto de 1828, nas proximidades de Recife, assassinado por poderosos da cidade pernambucana Olinda, os quais perderam uma causa defendida por ele, no mesmo ano, Nísia Floresta passou a residir em companhia de um acadêmico da Faculdade de Direito, Manuel Augusto de Faria Rocha. Postura inovadora, pois, ainda era casada civilmente com seu primeiro marido, Manuel Alexandre Seabra de Melo.

Nísia Floresta, em 1831, estreou nas letras através do jornal *Espelho das Brasileiras*, dedicado às senhoras pernambucanas e que pertencia ao tipógrafo francês Adolphe Emille de Bois Garin. Durante trinta números do jornal (de fevereiro a abril), Nísia colaborou com artigos que tratavam da condição feminina em diversas culturas.

No ano de 1837, decidiu mudar-se para o Rio de Janeiro, em meio à Revolução Farroupilha no sul do Brasil. No início da crise, Nísia mudou-se para o Rio de Janeiro. Ela não queria distância de conflitos; ao contrário, lutaria pelos Direitos Humanos.

Já instalada no Rio de Janeiro, por meio dos jornais da Corte, em 1938, ela anuncia a inauguração de um estabelecimento de ensino, o “Colégio Augusto”, como afirma Câmara (1997, p. 39):

Durante 17 anos, manteve, nesta Capital, o seu estabelecimento de instrução para meninas. Abriu-se a 15 de fevereiro de 1838(v. anúncios do Jornal do Comércio). Não pudemos averiguar qual foi o seu primeiro nome, mas, é de presumir que tenha sido Augusto, desde o início, em homenagem a seu marido. Funcionou a princípio na Rua Direita, 163, hoje 1º de março, tendo-o levado depois para a Rua D. Manuel, 20, com entrada pela Travessa do Paço 23.

Além de dirigir o estabelecimento de ensino inovador, ela editou muitos livros. O trabalho de Nísia mais editado e traduzido foi o livro “conselhos a minha filha”, o qual, como o nome sugere, ela dedicou à filha em 1842, quando esta completou 12 anos. Publicou também em 1849 a primeira edição de *A lágrima de um Caeté*, no Rio de Janeiro, sob o pseudônimo de *Telesila*. O poema de 712 versos trata da degradação do índio brasileiro e do drama vivido pelos liberais durante a Revolução Praieira, reprimida em Pernambuco em fevereiro daquele mesmo ano. Nísia Floresta embarcou para a Europa com os dois filhos, no dia 2 de novembro.

No colégio, ainda nos valendo de Câmara (1997,p.39) ensinava-se “latim, caligrafia, religião cristã, aritmética, história, geografia, línguas portuguesa, francesa, italiana e inglesa; música, dança, piano, desenho e trabalhos de agulha”.

No Jornal do Comércio, de 31 de janeiro de 1838 (acervo Biblioteca Nacional, documento em anexo), ela anuncia a inauguração do Colégio:

D. Nísia Floresta Brasileira Augusta tem a honra de participar ao respeitável público, que ela pretende abrir no dia 15 de fevereiro, na rua Direita, 163, um colégio de educação para meninas, no qual além de ler, escrever, contar, coser, bordar, marcar e tudo mais que toca a educação doméstica de uma menina, ensinar-se-á a gramática da língua nacional por um método fácil, o francês, o italiano, e os princípios gerais da geografia.(.....) A diretora, que há quatro anos se emprega nesta ocupação dispensa-se de entreter o respeitável público com promessas de zelo, assiduidade, e aplicação no desempenho dos seus deveres, aguardando a ocasião em que possa praticamente mostrar aos pais de família que a honrarem com a sua confiança, pelos pontos de progressos de suas filhas, que ela não é indigna da árdua tarefa que sobre si toma. Todavia não pode deixar de advertir que, sendo a cadeira de francês imediatamente dirigida por ela, muito se devem aproveitar as educandas da vantagem que têm de poderem no trato escolar exprimirem-se nesse idioma, o que certamente muito ocorrerá para o seu adiantamento.(Jornal do Comércio, 31/01/1838.)

Nísia chega ostentando uma cultura absolutamente invulgar para o seu sexo, naqueles tempos em que a educação da mulher no Brasil se resumia a bordar e a costurar. Como o anúncio acima reproduzido ratifica, a intenção pedagógica do Colégio Augusto, administrado por ela, vai muito além.

Claro que o comportamento *sui juris* de Nísia causa mal-estar na sociedade da época. As pessoas respeitáveis e moralistas do século XIX se sentiam incomodadas com aquela mulher metida a homem, pregando a emancipação de seu sexo, a qual escrevia nos jornais, estigmatizava os senhores de escravos, afrontando assim, seculares preconceitos.

Assim, falar da história do humanismo no Brasil é remeter-se à obra de Nísia Floresta. Não obstante sua pequena divulgação, ela foi referência para os mais diversos pensadores brasileiros, assinala Mariz (1982, p. 17):

...escritores ilustres como Gilberto Freyre, Ivan Lins, Raquel de Queiroz, Roberto Seidl, Oliveira Lima e Luís Câmara Cascudo, entre muitos outros escritores brasileiros nunca deixam de citá-la, em trechos significativos de seus livros e artigos.

Interessante registrar, na obra de Nísia, a preocupação com os direitos humanos. Primeiro, ela aborda a questão da igualdade entre homens e mulheres; em um segundo momento, passa a tratar da questão dos indígenas e, posteriormente, vai percorrer os caminhos abolicionistas. Válido estudar um pouco desses três aspectos da obra de Nísia Floresta, a qual de cunho literário, mas, de muito conteúdo sobre os direitos fundamentais de igualdade, liberdade, dignidade e o basilar direito à vida. Nesse artigo vamos nos deter à igualdade e ao abolicionismo.

3 NÍSIA FLORESTA E OS DIREITOS HUMANOS

3.1 IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES

Antes de delinear a obra de Nísia com relação aos direitos humanos, convém esclarecer o sentido da expressão “direitos humanos”. Rabinovich Berkman (2007, p.02), esclarece:

El adjetivo que aparece en la expresión que nos ocupa es “humanos”. quiere decir, según la Real Academia Española, “ perteneciente o relativo al hombre”(es decir, a cada individuo de nuestra espécie, varón o mujer). Así que por “ derechos humanos” podríamos entender aquellos poderes amparados por la comunidad, que generan conductas obligatorias en los demás, y de los que se es titular por el simple hecho de ser um miembro de la *espécie del homo sapiens*. Es decir la nuestra.

E continua Rabinovich Berkman:

(...) Com mi esposa, tenemos el derecho de elegir la escuela de nuestro hijito. Ese derecho lo tenemos por ser sus padres. El policia tiene el derecho delbrar em acta de infracción, por ser policia. Em cambio, habría derechos que cualquier ser humano tendría, fuera quien fuese e hicera lo que hiciese. Esos serían, pues los que llamaríamos derechos humanos”.(2007, p. 02)

Assim, Direitos humanos, direitos inerentes ao ser humano, todavia, no século XIX, bem como, hoje, dois séculos depois, muitos direitos humanos ainda são violados e desrespeitados. No contexto do século XIX, Nísia defende e luta pelos mais básicos direitos, como igualdade, proteção à integridade física, repúdio à tortura, o racismo, o direito à liberdade, ente outros.

Nísia foi, no Brasil, a precursora de reabilitação social da mulher. Toda a sua obra de escritora e de educadora revela sua paixão por este ideal, a que se consagrou desde os 22 anos. Sua luta consistia em elevar a mulher pela instrução, pela educação e pelo trabalho.

Existe uma unanimidade entre os estudiosos em considerar Nísia Floresta uma das mais importantes precursoras dos ideais de igualdade e independência da mulher brasileira. De acordo com José Jácome Barreto (1985):

Em qualquer estudo que tenha como objetivo central focalizar a luta pela emancipação da mulher brasileira no campo social, político e econômico, o nome de Nísia Floresta Augusta Brasileira surge necessariamente como ponto de partida deste corajoso movimento reivindicatório da classe feminina no Brasil.

Ela foi uma ativista dos direitos humanos das mulheres, em vários escritos seus, em que destaco a obra “*Direitos das mulheres e injustiça dos homens*”, no texto “*A mulher*”, ela enfatiza o papel da mulher na sociedade, chegando a afirmar que:

...é tempo enfim de se enxugarem as lágrimas inúteis causadas pelas opressões sofridas ou por um arrependimento estéril, e de assumir uma heroica resolução de fazer o máximo para erguer-se da sua prostração, do modo que podem e que devem, guiadas e sustentadas pela simples força do coração, despindo-se de todas aquelas fraquezas, de que às vezes injustamente são acusadas; pois, como já aludimos, estas fraquezas têm origem no desejo doentio de agradar seus amáveis dominadores, que se empenham para nelas incuti-lo (1833).

E continua a autora, na mesma obra:

Os homens não podendo negar que nós somos criaturas racionais, querem provar-nos a sua opinião absurda, e os tratamentos injustos que recebemos, por uma condescendência cega às suas vontades; eu espero, entretanto, que as mulheres de bom senso se empenharão em fazer conhecer que elas merecem um melhor tratamento e não se submeterão servilmente a um orgulho tão mal fundado(AUGUSTA, Nísia Floresta Brasileira, 1833).

O livro “Direitos das Mulheres e Injustiça dos Homens” foi sua primeira obra, bem como foi a primeira vez que Dionísia assinou como “ Nísia Floresta Augusta de Souza”. Na realidade, a assinatura corresponde a um pseudônimo, que revelava diferentes características da sua personalidade.

Cascudo esclarece (1940, p.05) “Nísia’ é o diminutivo de Dionísia, seu nome verdadeiro, “ Floresta”, faz referência ao sítio onde ela nasceu em Papari, “ Brasileira”, a afirmação de sua profunda nacionalidade e “ Augusta”, uma homenagem ao segundo companheiro e pai de seus filhos.

Percebe-se que, ao mesmo tempo em que constrói a defesa de seu sexo, ela denuncia e desmascara os artifícios masculinos de dominação e indaga:

Se este sexo altivo quer fazer-nos acreditar que tem sobre nós um direito natural de superioridade, por que não nos prova o privilégio, que para isso recebeu da Natureza, servindo-se de sua razão para se convencerem?(FLORESTA: 1833).

Ao afirmar que “a virtude e a felicidade são tão indispensáveis na vida privada, como na pública e ao considerar a ciência como ‘meio necessário para alcançar uma e outra’”, Nísia Floresta apenas justifica a necessidade imperiosa de que as mulheres tivessem acesso ao estudo, e assim se pronuncia: “Por que a ciência nos é inútil? Porque somos excluídas dos cargos públicos; e por que somos excluídas dos cargos públicos? Porque não temos ciência”. (FLORESTA, 1833, p.52)

A autora destaca que as mulheres eram capazes de exercer a medicina, a magistratura, a cátedra nas Universidades, como também, comandar exércitos, governar países. Neste sentido:

Eu digo mais, não há ciência, nem cargo publico no Estado, que as mulheres não sejam naturalmente próprias a preenchê-los tanto como os homens. (FLORESTA, 1833).
Por que, pois, o nosso sexo não será ao menos capaz de preencher os postos subordinados de Ministros de Estado, Vice-Rei, Governadores, Secretários, Conselheiros privados e Tesoureiros? Ou por que não poderão elas, sem ser admirável, ser Generais de Exército, ou Almirantes de Esquadra? (FLORESTA, 1833)

E Nísia Floresta (1833, p. 42) ainda perquire “tem por ventura eles alguns títulos para justificar o direito com que reclamam os nossos serviços, que nós igualmente não tenhamos contra eles?”

Aqui claramente percebemos a influência da Filosofia da época, em especial de Rousseau, na temática da igualdade de Direitos. Como representante da Filosofia ilustrada, Rousseau, ao elaborar o seu modelo de cidadania, parecia tão preocupado com a igualdade de direitos quanto parecia desinteressado em criar um espaço para a participação das mulheres na esfera pública.

Vale mencionar que, como desdobramento do pensamento iluminista, o ideal romântico da feminilidade independente viu nos poderes do amor um paradigma para a reforma político – social. Assim, além da influência do iluminismo, Nísia também sofre influência do romantismo.

Esclarece Valadares que:

Segundo os românticos, a reforma da sociedade começaria nos centros da vida privada. Do ponto inicial de boas relações em que os indivíduos alcançassem uma nova compreensão sobre si mesmos, as modificações se difundiriam para o quadro mais amplo da sociedade. Daí a hierarquia de valores românticos igualmente não tivesse em alta estima uma postura política por parte da mulher. Somente mais tarde com o utilitarismo, ela passaria a ser objeto de interesse no domínio da política.”(Ursula Vogel *apud* Valadares, 1989, p. 12.)

Uma das correntes de pensamento na qual Nísia Floresta se inspirou para defender seus pontos de vista em “Direitos das Mulheres e Injustiça dos Homens” foi o Utilitarismo. O Utilitarismo é uma doutrina ética que ganhou forma principalmente por meio dos escritos dos filósofos ingleses Jeremy Bentham e John Stuart Mill, nos séculos XVIII e XIX.

Segundo seus preceitos, as ações boas se diferenciam das ações más, de acordo não somente com os benefícios que trazem ao indivíduo que as pratica, mas também em relação ao que cada atitude causa à coletividade, ou seja, ao que proporciona às pessoas que estão ao redor. E, baseada nesse argumento, Nísia Floresta defendeu que a valorização da mulher era uma necessidade inerente à própria sociedade e não apenas a elas singularmente.

De acordo com a visão utilitarista dos direitos políticos iguais, existia conceito de que as diferenças entre os sexos não são naturais, mas, sociais, e, portanto, estão sujeitas às mudanças, quando se objetiva a reforma da sociedade. Para o utilitarismo, as mulheres não podiam realizar suas capacidades nas íntimas relações pessoais, enquanto não fossem reconhecidas como pessoas iguais na esfera pública.

Outra influência à obra de Nísia foi o Positivismo. O feminismo de Nísia e o Positivismo tinham pontos em comum, como a elevação do nível de instrução para o sexo feminino e um ensino igualitário para homens e mulheres. O Positivismo fazia com que os olhos femininos vislumbrassem a promessa das mais altas dignidades como ninguém havia feito antes. Um dos grandes nomes do Positivismo foi Isidoro Augusto Maria Francisco Javier Comte e, de acordo com Rabinovich Berkman (2007, p.293), ele “*se trató posiblemente del filósofo francés más descollante del siglo XIX*”.

Pode-se afirmar que a perspectiva de Nísia sobre a reforma da sociedade brasileira parece assimilar, de modo eclético, elementos dessas quatro correntes de pensamento acima descritas.

“*Direitos das Mulheres e Injustiça dos Homens*” é considerado o texto fundante do feminismo no Brasil. Seu caráter pioneiro fica ainda mais evidente se pensarmos que foi escrito 100 anos antes que o voto das mulheres fosse permitido em nosso país. Vale salientar que foi no meu Estado, também Estado de Nísia, no Rio Grande do Norte, onde as mulheres tiveram direito a voto pela primeira vez no Brasil.

Nesse sentido, Montenegro afirma:

É muito bela a página histórica onde se registra através da lei sancionada pelo então Presidente do Rio Grande do Norte, Dr. José Augusto Bezerra de Medeiros, o direito a voto à Dona Celina Guimarães Viana, consagrando-a, desta forma, a primeira mulher eleitora do Brasil. Esta bela página cívica, a mulher norte-rio-grandense deve-a ao ilustre e consagrado homem público- o Senador Juvenal Lamartine. São suas palavras: Foi o Rio Grande do Norte, e por iniciativa minha, o primeiro Estado da raça latina, onde as mulheres tiveram os seus direitos políticos reconhecidos e os exerceram livremente. (1974. p.06)

Vale perquirir por qual motivo Nísia escolheu essa obra para traduzir: a autora inglesa de quem ela traduziu o livro *“Direitos das Mulheres e Injustiça dos Homens”*. Não obstante os escândalos que permearam a vida pessoal da autora Mrs. Godwin, ela foi paladina das reivindicações da mulher, reclamou para o seu sexo igualdade de direitos em face do homem, combateu os preconceitos de uma moral hipócrita, destinada a oprimir a mulher.

Ao estudar as vicissitudes de sua vida, as infelicidades do lar paterno, de que fugiu, tornando-se professora, verificamos que, em que pese a beleza da causa, pregava que o feminismo foi para Mrs. Godwin um escudo necessário e oportuno. Assim, Nísia espelha-se nessa autora para escrever a sua primeira obra. Ela escolhe alguém como ela: forte, destemida, desprendida de preconceitos.

Mas a luta desempenhada pela escritora em favor da instrução do sexo feminino não iria se restringir somente à sua primeira publicação. Em 1853, Nísia publica no Rio de Janeiro, *“Opúsculo Humanitário”*, onde condena a formação educacional da mulher, não só no Brasil como em diversos países.

A obra opúsculo humanitário consiste em uma coleção de artigos sobre a emancipação feminina, o qual foi merecedor de uma apreciação favorável de Augusto Comte, pai do Positivismo. Interessante notar que, por volta de 1851, Augusto Comte escreveu *“Opuscules”*. Desta forma, muito improvável que seja mera coincidência a repetição do termo no título do livro da autora Opúsculo humanitário.

Válido salientar que Nísia permaneceu vinte e oito anos de sua vida na Europa. Nessa época, no auge de sua maturidade intelectual, relacionou-se com grandes cientistas, aristocratas como Alexandre Herculano, Victor Hugo, Georg Sand, Mazzoni, Augusto Comte, entre outros.

Entretanto, de todos os relacionamentos importantes, o que se tornou mais conhecido foi o que manteve com Augusto Comte. Nísia tomou contato com a filosofia Comtiana em 1851, quando era uma das poucas pessoas interessadas em assistir às conferências no Curso de História Geral da Humanidade, ministradas por Comte. Em 1856, estreita essa amizade, com visitas, trocas de cartas e mútua admiração.

A amizade com Comte irá durar até o ano seguinte, no qual este faleceu. Na duodécima Confissão anual de outubro de 1856, Comte anota o primeiro contato direto com Nísia: “Em agosto, devo inicialmente registrar meu primeiro contato direto com a nobre viúva brasileira que me oferece, de coração, de espírito e de caráter, todos os indícios de uma preciosa discípula, se eu puder transformar um pouco meus hábitos metafísicos”.

Pontuada a aproximação de Nísia com o pai do Positivismo, voltemos à análise do livro opúsculo humanitário. Assim se pronuncia Nísia: “O Brasil tinha já fornecido grande cópia de homens ilustrados pelos conhecimentos adquiridos em diferentes universidades da Europa, e a maior parte das brasileiras (mesmo as das primeiras cidades) não logravam a vantagem de aprender a ler.” (AUGUSTA, Nísia Floresta Brasileira, 1989, p.67).

Denunciando e lutando contra o preconceito das mulheres em aprenderem a ler, pois, para a época, se assim o fosse, as mulheres iam passar a ter comportamentos inadequados, Nísia se pronuncia:

Dizia-se geralmente que ensinar-lhes a ler e escrever era proporcionar-lhes os meios de entreterem correspondências amorosas, e repetia-se, sempre, que a costura e trabalhos domésticos eram as únicas ocupações próprias da mulher. Este preconceito estava de tal sorte arraigado no espírito de nossos antepassados, que qualquer pai que ousava vencê-lo e proporcionar às filhas lições que não as daqueles misteres, era para logo censurado de querer arrancar o sexo ao estado de ignorância que lhe convinha”.(1989, p.67)

A educação das mulheres do Brasil do início do século XIX estava organizada ao redor da dicotomia europeia entre a instrução e a educação. Aos homens se instruía, para desenvolver o intelecto. Ao passo que as mulheres se educava, para formar o caráter.

Não se considerava o desenvolvimento intelectual das meninas como benefício em si mesmo nem como meio de realização da personalidade individual. Entretanto, a educação é um passo para a independência. Nísia defendia que a solução seria proporcionar a todas as mulheres a oportunidade de desenvolver o intelecto para ganharem dignidade pessoal.

Vale mencionar que Nísia não se preocupou apenas com as mulheres de classe alta. Ela também se preocupa e se inquieta com as condições da mulher da classe pobre, da crescente classe média, da escrava africana, assim como, da índia. Em opúsculo humanitário ela dispõe que:

É, portanto, em favor de todas as mulheres brasileiras que escrevemos, é a sua geral prosperidade o alvo de nossos anelos, quando os elementos dessa prosperidade se acham ainda tão confusamente marulhados no labirinto de inveterados costumes e ariscadas inovações.”(FLORESTA, 1989, p. 130)

Nísia agora se refere adiante a uma classe nova de operárias, conceito totalmente novo no Brasil da época, ainda que em uso na Europa, ela inclui, na classe operária, o sexo feminino, pois, incluindo as mulheres no mercado de trabalho, esse fato lhe traria independência. Aduz que:

Se se instruisse uma classe pública de operárias em toda sorte de trabalhos, oferecer-se-ia a uma parte das famílias desvalidas do Brasil não somente um meio seguro de as livrar da miséria, mas, ainda de habilitá-la para um futuro que não está longe (FLORESTA, 1989, P. 132)

Aqui com estes trechos percebemos facilmente, que Nísia Floresta defendia a igualdade entre homens e mulheres, afirmava que as mulheres deveriam estudar, pois o conhecimento é importante para o crescimento do homem, como ser humano, independente, de seu sexo. Nísia postulava a educação contra a dominação e assim escrevia “quanto mais ignorante é um povo tanto mais fácil é um governo absoluto exercer sobre ele o seu ilimitado poder”(1989, p.60).

Câmara (1997, p.57) registra:

Teria rejubilado se houvera podido assistir ao triunfo total dos seus ideais, na sua própria pátria, onde a mulher empresta sua colaboração inteligente à administração pública, a todas as atividades do comércio e da indústria, frequenta escolas de todos os graus, levando a palma dos rapazes; disputando vantajosamente com eles nos concursos públicos de eficiência intelectual e técnica; ingressando em todas as carreiras, em todas as repartições, afirmando intrepidamente a sua capacidade de viver, dignamente pelo trabalho e pela cultura.

Entretanto, críticas não faltaram à sua obra. Um dos críticos anônimos faz os seguintes comentários ao defender a valorização da submissão da mulher e sua educação voltada para as atividades domésticas: “Trabalhos de língua não faltaram; os de agulha ficaram no escuro. Os maridos precisam de mulher que trabalhe mais e fale menos”³.

O mesmo comentarista prossegue ironizando o fato de o colégio dirigido por Nísia ter disciplinas desnecessárias às meninas “ensina-lhes latim. E porque não grego ou hebraico? Pobre diretora!” O adágio popular “desconfie da mula que faz *him* e da mulher que sabe latim”⁴.

Ante a crítica acima não há dúvida de como a sociedade da época percebia a conduta e obra literária de Nísia Floresta. A especificidade do seu discurso penetra o amplo espectro social, visto sob o ângulo da subjetividade feminina, em um tempo em que a maioria das mulheres não só não sabia escrever como nem mesmo recebia instrução formal. O pensamento de Nísia é um exemplo de contribuição literária dos mais raros e, deve ser visto de acordo com Valadares (1989, p. 04):

sob dois aspectos, pelo menos, servem para desvelar o passado histórico das mulheres: como uma fonte pela autora mesma personificada, e pelo contraste do quadro histórico em que se situa, por ela vividamente retratado, contra qual edifica sua obra multifária.

Assim, Nísia, ao entrar em contato com a literatura iluminista, percebeu o caráter autoritário presente na cultura brasileira da época que não apenas negava o acesso ao conhecimento das mulheres, como tolerava atos de violência e opressão contra elas, em nome do respeito a tradições culturais ou religiosas que regiam a sociedade da época.

Não raro, a prática de violência contra as mulheres passava despercebida, devido ao seu caráter de invisibilidade como violência e devido, em especial, à posição do patriarcado. A violência contra a mulher começa a ser posta por Nísia como uma questão transcendente da condição pessoal, e sim que devia ser compreendida como uma questão política e social.

À frente do seu tempo, com alma humanista, Nísia identifica no costume, no interesse e no preconceito, o cerne da inferioridade feminina no Brasil. De acordo com Nísia, os homens estariam tão acostumados a verem as mulheres submissas e recolhidas em sua ignorância, ocupadas exclusivamente em agradá-los, que não eram capazes nem mesmo de imaginá-los numa situação diferente.

Assim, Nísia, de forma pioneira, decidiu enfrentar o patriarcado, assim como a escravidão e outras formas de discriminação, entre outras tantas práticas culturais que punham em risco a integridade humana individual, tão pregada pelo iluminismo francês.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Filha de um advogado português, homem culto e de ideias liberais, ela teve o privilégio de receber uma educação diferente da que era oferecida à maioria das mulheres de seu tempo. Baseada em seu próprio exemplo, Nísia afirmava que as mulheres tinham direitos iguais aos homens.

3 Texto anônimo do Jornal o Mercantil, de 02/01/1847

4 Jornal o Mercantil de 17/01/1847)

O comportamento *sui juris* de Nísia, causou mal-estar na sociedade da época. As pessoas respeitáveis e moralistas do século XIX se sentiram incomodadas com aquela mulher metida a homem, pregando a emancipação de seu sexo, a qual escreveu nos jornais, estigmatizou os senhores de escravos, afrontando, assim, seculares preconceitos.

Nísia estava à frente do seu tempo. Ela lutou por nosso espetáculo hodierno onde temos mulheres parlamentares, ministras e governadoras. Ela lutou em uma época em que os homens mal sabiam, eles mesmos, lidar com as nascentes instituições liberais.

Os primeiros frutos de suas ideias e do seu trabalho foram colhidos em sua própria terra, visto ter sido o Rio Grande do Norte o primeiro Estado brasileiro a abolir a escravidão e a dar direitos civis às mulheres, como o voto.

Nísia Floresta Brasileira Augusta, a precursora do feminismo em nossa pátria, a ilustre pensadora e idealista. Nascida Dionísia Pinto Lisboa, a imortal Nísia Floresta, descortinou a mulher brasileira, com centelhas vivas de inteligência e coragem, um horizonte novo, rompendo elos que a acorrentavam às arcaicas condições sociais, integrando-as aos meios sócio-político-cultural da vida nacional.

A herança iluminista e a formação liberal de Nísia determinaram, sem dúvida, as posições assumidas, bem como os ideais com os quais se identificou. A defesa da pátria e do oprimido, seja índio, escravo ou mulher, pontua seus escritos, ela residindo no país ou no exterior. Considerava-se portadora de uma verdade e com um dever de levá-la ao maior número de pessoas possíveis, na esperança de esclarecer os ignorantes e os equivocados.

Em um tempo em que a grande maioria das mulheres brasileiras vivia trancafiada em casa sem nenhum direito. Quando o ditado popular dizia que “o melhor livro é a almofada e o bastidor” e isso tinha foros de verdade para muitos, Nísia dirigia um colégio para moças no Rio de Janeiro e escrevia livros para defender o direito das mulheres, dos escravos e dos índios.

Nísia vai a fundo em suas intenções de acender o debate e de abalar as eternas atividades de nossa elites patriarcais. Cabe a ela o privilégio de deflagrar a formação de uma consciência feminista no cenário nacional, e podemos dizer que tinha uma visão de mundo igualitária e um senso de justiça e liberdade que destoava das sinhas do tempo em que viveu.

Contos, poesias, ensaios e crônicas marcaram a presença de Nísia na imprensa nacional desde o ano de 1830, sempre comentando as questões polêmicas da época. Vale lembrar que, apenas em 1816, a imprensa chegou ao nosso País. Assim, mais ainda se destaca a iniciativa dessa maravilhosa mulher.

Além de defender os direitos de igualdade entre homens e mulheres, os direitos dos índios, ela ainda veio reivindicar a abolição da escravatura, não apenas dos negros, mas defendia a erradicação de toda sorte de dominação de um ser humano sobre o outro.

Nísia, a autodidata, a jornalista, a poetisa, a conferencista, a escritora, a abolicionista, a republicana, que pregava a igualdade das províncias e das raças. Seu sonho maior: ver a mulher participar da vida nacional, não ficar à margem da história, como mera e inútil observadora, mas como uma atriz principal dessa peça, chamada vida. Nísia pode ser incluída entre os visionários de uma democracia futura, em sua aspiração por uma sociedade mais humana.

Hoje uma cidade do Nordeste, no Estado do Rio Grande do Norte, dedica-lhe o próprio nome, mas a imensa maioria dos seus compatriotas ignora a existência de Nísia Floresta.

Ante a pesquisa realizada, fica o meu sentimento de identificação com esta grande mulher. Assim como Nísia, defendo a ausência de discriminação em razão da raça, cor, classe social, sexo, opção sexual. Ela escreveu no século XIX ideias do século XXI. Todavia, mesmo transcorridos dois séculos, devemos persistir na luta dos direitos humanos.

Devemos perseguir uma sociedade, na qual a quantidade de pigmento na pele não determine nem produza nenhum tipo de tratamento diferenciado às pessoas. Uma sociedade em que o sexo não determine discriminação, e ambos os sexos possam ser tratados de forma igual. E, sobretudo, uma sociedade, na qual não haja dominação de um ser humano sobre o outro.

Por fim, para alcançar esse objetivo, devemos buscar as fontes. Devemos buscar a história do Direito, pois ela nos proporciona uma releitura da sociedade brasileira. E compreendendo de onde partiu, podemos entender o presente e construir um futuro melhor.

REFERÊNCIAS

ALVES, Branca Moreira. **O que é feminismo**. São Paulo: Agir, 1991.

ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. **Igualdade de Gêneros e Ações Afirmativas**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BEAUVOIR, Simone. **O Segundo Sexo**. São Paulo: Agir, 1990.

BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano**. São Paulo: Rocco, 2001.

BORELLI, Olga. **Clarice Lispector: esboço para um possível retrato**. Rio de Janeiro: Letras, 2008.

BRASIL, **Lei 10.406/2002**, Código Civil. São Paulo: Saraiva.

BRASIL, **Lei 3.071/1916**, Código Civil. São Paulo: Saraiva.

CASIMIRO, Luciana Flávia Nunes. **Aulas de Direito Civil**, Natal/RN, 2014.1, 2014.2.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DEL PRIORE, Mary. **Conversas de Mulheres**. São Paulo: Contexto, 2014.

DEL PRIORE, Mary. **História das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.

DEL PRIORE, Mary. **Teoria Política do Feminismo, abordagens brasileiras**. São Paulo: Contexto, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre a mulher e os seus direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Rio Grande do Sul, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, Rio Grande do Sul, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Sucessões**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, Rio Grande do Sul, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasil. V. V – Direito de Família**. São Paulo: Saraiva. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. V. I – Teoria Geral do Direito Civil**. 29ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRO-LIMA, Bernadete. **O percurso das personagens de Clarice Lispector**. Saraiva: São Paulo, 2009.

LISPECTOR, Clarice. **A Hora da Estrela**. Rio de Janeiro: Rocco, 2006.

LISPECTOR, Clarice. **A Via Crucis do Corpo**. Rio de Janeiro: Rocco:, 2006.

LISPECTOR, Clarice. **Perto do Coração Selvagem**. Rio de Janeiro: Rocco, 2006.

PALASTINO, Gilda. **O discurso da falta em Clarice Lispector**. Rio de Janeiro: Novo Conceito, 2008.

GESTÃO AMBIENTAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS: DA EXPERIÊNCIA SUECA A UM PLANO POLÍTICO- ESTRATÉGICO PARA O BRASIL E MUNICIPALIDADES

Barbara Marques Putrique¹

RESUMO

A fim de investigar um modelo de gestão de resíduos sólidos viável, é empreendida investigação acerca do sistema sueco frente aos princípios ambientais, para, posteriormente, considerando a Lei 12.305-PNRS, esboçar um plano de ação brasileiro de gestão compartilhada. Trata-se de estudo comparado desenvolvido mediante pesquisa teórica de cunho qualitativo, abalizada por análise documental e bibliográfica; doutrinadores de direito ambiental; Resoluções, Tratados e Relatórios de entidades internacionais que influenciaram a Suécia no modo de lidar com resíduos. Ao fim, através da experiência sueca, é possível vislumbrar um plano estratégico que guia o Brasil pelos estágios temporais da implementação de uma nova política voltada à gestão de resíduos sólidos.

Palavras-chave: Direito ambiental. Resíduos sólidos. Suécia. Política Nacional de Resíduos Sólidos. Plano brasileiro.

ENVIRONMENTAL MANAGEMENT OF SOLID WASTE: FROM THE SWEDISH EXPERIENCE TO A POLITICAL STRATEGIC PLAN TO BRAZIL AND ITS MUNICIPALITIES

ABSTRACT

In order to investigate a viable model of solid waste management, an investigation about the Swedish system is undertaken, regarding the environmental principles, so that, later, considering the Law 12.305-PNRS, a Brazilian action plan of shared management can be outlined. It is a comparative study, developed through theoretical qualitative research, driven by document and literature review; jurists of environmental law; resolutions, Treaties and reports from international organizations that affected the Swedish way of dealing with waste. At the end, through the Swedish experience, it is possible to envision a strategic plan that guides Brazil through the temporal stages of implementing a new policy focused on solid waste management.

Keywords: Environmental law. Solid waste. Sweden. National Solid Waste Policy. Brazilian plan.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade global contemporânea vivencia sua relação com o bem ambiental de forma única na história, o desenvolvimento técnico-científico experimentado, a partir da revolução industrial, colocou o homem na posição de principal agente modificador do equilíbrio ecológico e, por longos anos, desenvolvimento tem sido sinônimo de graves impactos ambientais. O meio ambiente é um

¹ Discente do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: barbara.marqs@gmail.com

sistema adaptável, contudo, é crescente a consciência de que o equilíbrio se aproxima de um colapso; é sabido que o aquecimento global é fruto desse desenvolvimento desenfreado e pouco inteligente que degrada o meio do qual depende; é sabido que diminuem as reservas de água potável; e, claro, é sabido que o lixo tem relação direta com a poluição e degradação do meio ambiente.

O Direito Ambiental é um ramo que, além de obedecer a leis, deve atuar na manutenção do equilíbrio ecológico, portanto deve compreendê-lo. O Direito Ambiental exige enormes conhecimentos técnicos, motivo pelo qual o jurista deve ser subsidiado pelo maior número de especialistas possível, no entanto, deve o próprio cientista do direito ter certo grau de domínio relativo a aspectos técnicos. Considerando-se essa particularidade, o estudo ora empreendido carrega consigo os preceitos técnicos mínimos necessários ao domínio da temática.

A disposição do lixo em aterros a céu aberto prejudica os ecossistemas locais, aumenta as emissões de carbono – principal fator do aquecimento global –, impacta os nutrientes do solo e polui os lençóis freáticos; impactos sombrios e facilmente evitáveis. Caminhando com a comunidade internacional, o Brasil adotou a Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS, a fim de prover sustentabilidade à relação dos brasileiros com o lixo que produzem, todavia, passados quatro anos, e findo o termo final do prazo estabelecido para a extinção dos *lixões*, muito pouco foi feito. A partir dessa constatação, surgem indagações óbvias: porque a lei não está sendo obedecida? O que falta para que essa seja efetiva? A fim de responder a essas perguntas, foi buscado um exemplo de sucesso na gestão de resíduos que pudesse servir como guia para as ações locais: salta aos olhos a Suécia, cujo minucioso modelo de gestão é reconhecidamente um arquétipo a ser seguido.

Visando a alcançar os primeiros objetivos estabelecidos, foi empreendido estudo comparado, desenvolvido mediante pesquisa teórica de cunho qualitativo, análise documental e bibliográfica, abalizada pela doutrina de Paulo Affonso Leme Machado, recomendações da União Europeia, Tratados e Relatórios de entidades internacionais, como a United Nations Environment Programme e a sueca Avfall Sverige.

Com o intuito de explicar a proteção integral constitucional conferida ao bem ambiental, são delimitados os princípios mais relevantes à temática de resíduos sólidos, ademais, em função da complexidade da matéria e das divergências doutrinárias, são adotados os conceitos internacionalmente estabelecidos. A leitura dos princípios é feita de forma contextualizada e se inicia com a noção de equilíbrio ecológico, em seguida é elucidada a decorrência deste do princípio da dignidade da pessoa humana; são descritas noções de desenvolvimento e sustentabilidade, da proteção integral do Poder Público, da participação, informação e cooperação entre os povos.

Posteriormente são delimitados os princípios sensíveis à gestão de resíduos, traçando-se um paralelo às atividades de manejo de refugos. A análise engloba os princípios da precaução e prevenção, no que tange à redução de produção de lixo; o princípio usuário-pagador como instrumento de efetivação da gestão compartilhada; e a proximidade e autossuficiência como normas a serem observadas pelo poder público. Relativamente ao princípio do usuário-pagador são explicitados, enquanto desdobramentos, o princípio do poluidor-pagador, protetor-recebedor, pague pelo que rejeita, responsabilidade estendida do produtor e logística reversa.

Em posse dos conceitos indispensáveis à compreensão de um sistema de gestão de resíduos, passa-se a investigar o modelo empregado pela Suécia. São sublinhados os fatores que a pesquisa demonstrou terem sido determinantes ao êxito na implementação e execução da gestão sustentável. São vistas as diretrizes da União Europeia relativas a resíduos e, em seguida, é destacada a importância de uma associação que promova a participação integrada dos municípios, a *Avfall Sverige* na Suécia. Adiante são descritas as ações que compõem o sistema: a coleta seletiva, que viabiliza a utilização de taxa variável a ser paga aos municípios, a responsabilização dos produtores através da aplicação da logística reversa, os centros de reciclagem, e, ao fim, são demonstrados os modernos sistemas de coleta de resíduos urbanos, compostos de tubulações e *containers* subterrâneos.

Assim, foram investigadas as diretrizes e instrumentos do sistema sueco, esses, analisados frente aos princípios ambientais, com vista a, posteriormente, considerando-se a Lei n.º 12.305 – PNRS, esboçar um plano simplificado de ações a serem desenvolvidas em etapas temporais. Plano este que subsidia a atuação do poder público na concretização da gestão ambientalmente adequada dos resíduos sólidos.

2 ORDEM PRINCIPIOLÓGICA AMBIENTAL

O Direito Ambiental, como ramo autônomo da ciência jurídica, é norteado por princípios específicos, todavia, a doutrina ambiental, ao passo em que assiste a um objeto especialmente complexo, transpõe o abrigo dos princípios gerais informadores do direito e consagra uma ordem principiológica fundada em princípios privativos (MILARÉ, 2013).

Diante de concepções tão particulares, faz-se necessária a apresentação das noções basilares que orientam este estudo. Contudo, apesar de suas peculiaridades, urge rememorar que o Estado Constitucional de Direito funda-se, sobremaneira, no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, prisma sob o qual também deve ser empreendida a exegese do Direito Ambiental:

O reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade dessa existência – a qualidade de vida –, que faz com que valha a pena viver (MILARÉ, 2013, p. 258).

A Declaração de Estocolmo, publicada pela Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano, em junho de 1972, institui, em seu Princípio 1, o homem como o centro das preocupações do Direito Ambiental². Vinte anos depois, a Conferência das Nações Unidas realizada no Rio de Janeiro, a ECO-92, ratificou esse posicionamento na Declaração do Rio³, também no Princípio de número 1.

2 Declaração de Estocolmo, Princípio 1: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas.”

3 ECO-92, Princípio 1: “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.”

A bem da verdade, é ponto pacífico que a humanidade é a maior beneficiada pelas políticas de proteção ao meio ambiente: não há vida saudável ou possibilidade de desenvolvimento da sociedade humana sem o equilíbrio ecológico que viabiliza a utilização típica e atípica⁴ dos recursos naturais.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabelece os fundamentos do Direito Ambiental pátrio no artigo 225, atribuindo a todos o direito ao *meio ambiente ecologicamente equilibrado*. É essa a noção precípua da ordem principiológica ambiental: equilíbrio.

A percepção do que é o equilíbrio ecológico encontra sua melhor definição no estudo realizado por Johan Rockström (professor da Universidade de Estocolmo e especialista em sustentabilidade global), que delimita os nove *limites planetários*⁵ que devem ser respeitados para que seja mantido um espaço seguro para a humanidade, são eles: mudança climática, acidificação dos oceanos, esgotamento do ozônio estratosférico, interferência entre os ciclos de nitrogênio e do fósforo, uso global das águas doces, mudança do uso dos solos, taxa de perda da biodiversidade, carregamento de aerossol na atmosfera e poluição química (ROCKSTRÖM, 2009).

A análise acerca dos limites planetários com vistas ao equilíbrio ecológico adequado deve ser guiada pela compreensão de que equilíbrio não é uma situação de estabilidade absoluta (MACHADO, 2014), mas sim um sistema no qual degradações e compensações se equalizam.

Todo o universo de princípios do Direito Ambiental pode ser dito ínsito ao Princípio do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, portanto, implícito na Constituição Federal. A amplitude desse fundamento constitucional motiva a criatividade jurídica e fomenta dissonância na doutrina (ANTUNES, 2012). A fim de distanciar-se das divergências e polêmicas, nesta ocasião serão privilegiados os princípios estabelecidos na comunidade ambiental internacional.

Talvez o mais famoso dos princípios, o desenvolvimento sustentável teve sua gênese na década de 70, com o Relatório *The limits of growth*, também conhecido como *Relatório Meadows*, formulado por uma equipe de cientistas do Instituto de Tecnologia de Massachussets (MIT) e fundamentado no Princípio 13⁶ da Declaração de Estocolmo (GRANZIERA, 2009). Posteriormente, a terminologia foi amplamente empregada nas demais conferências sobre o meio ambiente e extensivamente mencionada na mídia global.

O conceito de *sustentabilidade ambiental* pode ser entendido como a observação da incidência dos efeitos das ações humanas no tempo cronológico e a consideração do estudo do meio ambiente em relação ao presente e ao futuro (MACHADO, 2014). Sabendo-se que o *desenvolvimento* é um direito humano a ser ponderado, adiciona-se a ele a inteligência da sustentabilidade ambiental, a fim de que seja mantido o equilíbrio dos recursos naturais, obstando-se o

4 Uso típico é aquele no qual é revelada a própria natureza do bem, não importando sua modificação ou adaptação. Em oposição, está o uso atípico dos bens ambientais, no qual o homem interfere diretamente nos recursos naturais, e.g., ao respirar oxigênio, o homem exerce o uso típico do ar; ao contrário, atípica é a atividade de comprimir ar em cilindros. Embora o uso atípico da natureza implique em degradação ambiental, há que ser feito um juízo de necessidade e conveniência, para que, em face da imprescindibilidade do uso, sejam determinadas as medidas mitigadoras do impacto ambiental, privilegiando a sustentabilidade.

5 “*Planetary boundaries*”, em livre tradução.

6 Declaração de Estocolmo, Princípio 13: “Com o fim de se conseguir um ordenamento mais racional dos recursos e melhorar assim as condições ambientais, os Estados deveriam adotar um enfoque integrado e coordenado de planejamento de seu desenvolvimento, de modo a que fique assegurada a compatibilidade entre o desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente humano em benefício de sua população”.

seu esgotamento. Assim, o desenvolvimento sustentável tem como escopo a coexistência harmônica entre o desenvolvimento econômico, social e cultural e a proteção ao meio ambiente.

Sabemos que a atividade econômica, na maioria das vezes, representa alguma degradação ambiental. Todavia, o que se procura é minimizá-la, pois pensar de forma contrária significaria dizer que nenhuma indústria que venha a deteriorar o meio ambiente poderá ser instalada, e não é essa a concepção apreendida do texto. O correto é que as atividades sejam desenvolvidas lançando-se mão dos instrumentos existentes adequados para a menor degradação possível (FIORILLO, 2012. p. 94).

A essência do desenvolvimento sustentável constitui, em verdade, uma mudança de paradigma na ordem econômica mundial. Diante da inafastável certeza de que o homem precisa do meio ambiente para sobreviver, e de que para tê-lo, precisa preservá-lo, é forçosa a transição do padrão de *expansão quantitativa*, ancorado no livre crescimento, para um modelo de *melhoria qualitativa*, respaldado pelo real desenvolvimento (DAY apud MACHADO, 2014).

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é, em conformidade com o texto constitucional, um bem de uso comum do povo, destarte, apreende-se que se trata de um direito transindividual, do qual toda a coletividade é titular.

Nessa reflexão, o bem ambiental não pode ser considerado puramente público ou privado. Apesar de haver discordância quanto à natureza jurídica, é mais apropriado conceber o bem de uso comum do povo como um direito difuso, situado numa categoria intermediária entre público e privado (SIRVINSKAS, 2013).

Ao Poder Público – na condição de defensor da ordem social –, a despeito de não deter a propriedade do meio ambiente, incumbe o dever de gerência e proteção, administrando e controlando a utilização dos recursos ambientais⁷.

Sem prejuízo à gerência estatal do bem ambiental, de inquestionável valia, ao lado do princípio da obrigatoriedade da intervenção do Poder Público, figura o Princípio da Participação, consagrado pela Declaração ECO-92.⁸

Sob a égide do *princípio da participação* advém a responsabilização de toda a comunidade quanto à proteção ambiental – não só o Poder Público tem o múnus de buscar o equilíbrio ecológico, mas toda a sociedade, como indivíduos ou associações –, afinal, a coletividade é titular do direito.

Convém sublinhar que não se trata aqui apenas do direito conferido à sociedade de participar ativamente das questões ambientais, mas sim de um dever (FIORILLO, 2012), que recai sobre a coletividade, de defender a ordem ambiental global. Desta forma, a participação da co-

7 Declaração de Estocolmo, Princípio 17: “Deve-se confiar às instituições nacionais competentes a tarefa de planejar, administrar ou controlar a utilização dos recursos ambientais do estado, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente”.

8 ECO-92, Princípio 10: “A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos”.

munidade deve se dar tanto no plano da formulação, quanto no plano da execução das plataformas ambientais. Nada mais legítimo, posto que o sucesso na efetivação das políticas depende do envolvimento e da contribuição de todas as forças sociais (MILARÉ, 2013).

Tendo em vista a concretização do princípio da participação, há que ser noticiada a necessidade de que a coletividade tenha conhecimento e compreensão das questões ambientais para participar ativamente e de forma esclarecida dos atos de gerência dos recursos naturais. Nesse diapasão, o Princípio da Informação impõe ao Poder Público, gerente e detentor do mais amplo entendimento das questões ambientais, a obrigação de educar a sociedade e contribuir para o desenvolvimento de uma consciência ambiental global.

O princípio da informação, entretanto, encaminha-se também para outra esfera: o da livre circulação de informações entre os países, consubstanciada na cooperação ambiental internacional. As informações ambientais são de interesse geral e não há razões para que as experiências de um país sejam mantidas em sigilo, quando poderiam subsidiar as ações de outros Estados. Inclusive porquanto as atividades empreendidas, negativas ou não, impactam o meio ambiente como um todo, desrespeitando as fictícias fronteiras criadas pelo homem.

A informação ambiental deve ser prevista nas convenções internacionais de forma a atingir não somente as pessoas do País onde se produza o dano ao ambiente, como também atingir as pessoas de Países vizinhos que possam sofrer as consequências do dano ambiental (MACHADO, 2014, p. 125).

Com efeito, têm-se que o meio ambiente é complexo bem difuso, cuja natureza transindivíduo demanda extraordinária proteção do setor público, privado e social, com atuação orientada à promoção e manutenção do equilíbrio ecológico, sobretudo no que concerne aos notórios limites planetários. A má gestão de resíduos sólidos é atividade das mais degradantes ao bem ambiental, de forma que os elevados índices de lixo provocam poluição do ar, do solo e das águas (DAHL, 2010); nesse sentido, forçoso desenvolver a temática sob a égide de princípios ainda mais peculiares.

3 A GESTÃO DE RESÍDUOS E OS PRINCÍPIOS SENSÍVEIS

Gestão de resíduos sólidos é a política ambiental voltada ao controle do ciclo de existência dos produtos e subprodutos, desde a cadeia produtiva até sua disposição final adequada (DEMAJOROVIC, 1995). O gerenciamento dos resíduos é norteado pelos princípios ambientais gerais e efetivado por instrumentos derivados de princípios especialmente conexos à matéria, ambos concatenados em um plano normatizado pelo Poder Público e concretizado por toda a comunidade, observando-se o *Princípio da Participação*.

O termo *resíduo* deve ser diferenciado do que corriqueiramente nomeia-se lixo; a modificação da designação carrega consigo a mudança do arquétipo daquilo que supostamente não tem qualquer apreço, devendo ser prontamente descartado, passando a ser visto como material que, apesar de subproduto, é ainda provido de valor econômico agregado e passível de aproveitamento dentro ou fora do processo produtivo (DEMAJOROVIC, 1995).

Conquanto insensato estabelecer qualquer hierarquia entre diretrizes principiológicas, inegável a constatação de que alguns princípios revelam superior afinidade com a matéria objeto deste estudo. Nessa ótica, em analogia com a classificação estabelecida pelo Professor José Afonso da Silva, possível delinear os *Princípios Sensíveis à Gestão de Resíduos*.

Os primeiros princípios sensíveis a serem explanados são objeto de confusão e desalinho entre os doutrinadores. Se em alguns campos do amplo direito ambiental é dispensável empreender diferença entre prevenção e precaução, como entende Celso Antonio Pacheco Fiorillo, na disciplina da gestão de resíduos sólidos, é preferível o minucioso enunciado do Princípio 15⁹, da ECO-92, cuja essência dirige o posicionamento de Paulo Affonso Leme Machado, Bessa Antunes e Ana Maria Moreira Marchesan, compendiado por Édis Milaré:

De maneira sintética, podemos dizer que a prevenção trata de riscos ou impactos já conhecidos pela ciência, ao passo que a precaução se destina a gerir riscos os impactos desconhecidos. Em outros termos, enquanto a prevenção trabalha com o risco certo, a precaução vai além e se preocupa com o risco incerto. Ou ainda, a prevenção se dá em relação ao perigo concreto, ao passo que a precaução envolve perigo abstrato. (MILARÉ, 2013, p. 262).

Frente à magnitude do meio ambiente sadio e equilibrado, a proteção dispensada ao bem transindividual contempla não só o perigo iminente, mas o simples risco do dano (MACHADO, 2014). Outrossim, infere-se que o princípio da precaução deverá nortear todo o plano de gestão, visto que as atividades atípicas desenvolvidas pelo homem no uso dos recursos naturais constantemente suscita prejuízos que serão conhecidos apenas no futuro, de fato, não é exagero afirmar que os conhecimentos científicos atinentes aos impactos ambientais provocados pela humanidade são fruto do infeliz exame sobre os malefícios causados no passado.

O princípio da prevenção, *a contrario sensu*, tem sua incidência orientada aos impactos ambientais sabidos –aqueles já submetidos à investigação científica e aos quais pode ser estabelecido vínculo entre condutas causadoras e resultados degradantes (ANTUNES, 2012). No que concerne à aplicação dessa diretiva, não obstante a sua generalidade, depreende-se, especificamente, a obrigação primeira da gestão de resíduos: redução da produção de materiais que, sabidamente, findam como refugo. Essa acepção parte da premissa de que as medidas preventivas compõem estratégia com efetividade superior à tentativa de reparar danos (DAHL, 2010). Nesse sentido, a prevenção dos demasiados danos ambientais causados pelo excesso de resíduos e sua má gestão supõem inferiores níveis de subprodutos descartados, por conseguinte, redução na fonte da cadeia produtiva.

Além da redução na fonte, são medidas preventivas a reutilização, compostagem¹⁰ e reciclagem dos subprodutos, devendo ser aplicada esta exata hierarquia vislumbrando-se a maior

9 ECO-92, Princípio 15: “Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”

10 Trata-se, à grosso modo, da reciclagem de resíduos orgânicos. Refere-se ao processo microbiológico de aceleração da decomposição da matéria orgânica em composto orgânico utilizado no enriquecimento do solo.

e a menor prevenção. Por óbvio, a inexistência de rejeitos é o mais benéfico ao ambiente, entretanto – diante da necessária parcimônia com a qual deve ser aplicada a proteção ambiental –, aos inevitáveis subprodutos deverá ser empregada, prioritariamente, a reutilização, potencializando o máximo uso dos resíduos antes da disposição final (MARCHI, 2011); essa prioridade é explicada pela economia de novos materiais e processos, visto que o mero reuso não está sujeito a qualquer procedimento complementar que implique o dispêndio de recursos naturais. Aos resíduos não reduzidos na fonte e não reutilizáveis deve ser observada a reciclagem.

Em um segundo domínio de princípios sensíveis, contempla-se a responsabilização como fator preponderante à viabilização do êxito das políticas ambientais direcionadas aos resíduos sólidos. Urge fazer entender a população que os efeitos perniciosos causados pelo lixo não são encerrados no momento em que esse é retirado do alcance dos seus olhos, e mais, os danos provenientes do excesso de refugos têm impacto direto na vida presente e futura de todos.

Com o fito de promover a responsabilização de cada um dos degradadores no quinhão de sua culpa, em atenção ao estabelecido pelo Princípio 13 da ECO-92¹¹, é concebido o princípio do *usuário-pagador*. A gênese do referido princípio descansa no reconhecimento do bem ambiental como pertencente à coletividade e, como tal, não seria razoável permitir o seu uso ao bel prazer de alguns dos seus titulares. Deve aqui ser considerado que a possibilidade de utilização dos recursos naturais não é inesgotável e o uso de uns poucos onera tantos outros, restringindo ou impossibilitando a utilização de um bem que pertence a todos.

O uso gratuito dos recursos naturais tem representado um enriquecimento ilegítimo do usuário, pois a comunidade que não usa do recurso ou que o utiliza em menor escala fica onerada. O poluidor que usa gratuitamente o meio ambiente para nele lançar os poluentes invade a propriedade pessoal de todos os outros que não poluem, confiscando o direito de propriedade alheia. (MACHADO, 2014. p. 91).

Sob o enfoque da responsabilização dos usuários do bem ambiental, desdobram-se os princípios: *Poluidor-pagador*; *Protetor-recebedor*; *Pague pelo que rejeita*¹²; *Responsabilidade Estendida do Produtor*; e *Logística Reversa*, conforme explanação que segue.

O princípio do poluidor-pagador reza que, ao poluidor deverá ser imputado valor monetário equivalente às despesas e danos que sua atividade degradadora provoque, compondo-se de caráter preventivo e repressivo – imposição pecuniária coíbe condutas danosas, no entanto, uma vez ocorrido o prejuízo ambiental, o valor será dirigido à reparação (FIORILLO, 2012).

O princípio do protetor-recebedor parte da mesma premissa de individualização dos custos oriundos do uso dos recursos naturais, todavia, em direção oposta ao poluidor-pagador, no sentido de incentivar as condutas positivas. É em observância a esse princípio que se reconhece a legitimidade de recompensa ou compensação econômica pelo empenho nas ações protetivas

11 ECO-92, Princípio 13: “Os Estados devem desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e indenização das vítimas de poluição e outros danos ambientais. Os Estados devem ainda cooperar de forma expedita e determinada para o desenvolvimento de normas de direito internacional ambiental relativas à responsabilidade e indenização por efeitos adversos de danos ambientais causados, em áreas fora de sua jurisdição, por atividades dentro de sua jurisdição ou sob seu controle”.

12 *Pay as you throw*, em livre tradução.

dos bens da natureza; retribuição esta que poderá ser ofertada pela iniciativa pública ou privada, a depender do maior beneficiário da preservação (MILARÉ, 2013). O mais célebre paradigma estabelecido pelo princípio protetor-recebedor é o programa de manutenção e conservação das nascentes de água dos montes de Catskill, nos Estados Unidos, responsáveis pelo abastecimento da cidade de Nova Iorque. O sucesso do programa de incentivos aos fazendeiros locais é tamanho que a pureza da água dispensa estações de tratamento¹³.

O *Pague pelo que rejeita e a Responsabilidade estendida do produtor* são, além de princípios norteadores, instrumentos políticos de efetivação do princípio do poluidor-pagador porquanto fazem com que produtores (responsabilidade estendida do produtor) e consumidores (pague pelo que rejeita) tenham suas atividades lesivas oneradas (DAHL, 2010). Ambos são mecanismos econômicos, contudo, o *pague pelo que rejeita* é operacionalizado por meio das *taxas variáveis de uso*¹⁴ cobradas ao consumidor final no momento da disposição dos resíduos, em função do tipo – método de tratamento a ser aplicado, e.g. as taxas de lixo orgânico sujeitas à compostagem são menores que aquelas de resíduos não tratados –, volume e peso (UNEP, 2005).

Em sentido oposto, a responsabilidade estendida do produtor impõe o ônus do ciclo de vida dos produtos ao fabricante, devendo este ser encarregado da disposição adequada dos resíduos gerados a partir daquilo que produz. Nesse caso, a aplicação prática do princípio está intimamente conexa à *logística reversa*: sistema que controla o fluxo dos subprodutos, ordenando-os do lugar de consumo ao ponto de origem da fabricação, onde poderão ser reaproveitados ou finalisticamente dispostos. (MILARÉ, 2013).

A logística reversa é mais um dos instrumentos que se apresentam em dupla esfera: preventiva e repressiva. Responsabilizar o setor produtivo consiste em significativo incentivo à redução da produção de resíduos na fonte e à adequação ambiental dos produtos e embalagens. Tendo em vista que cabe aos empresários o ônus da destinação final, fato que antes não os interessava, serão eles os sujeitos mais determinados a formular embalagens reutilizáveis ou recicláveis e produtos ambientalmente corretos, que dispensem especial tratamento.

Sob outro prisma, considerando-se que os fabricantes terão que arcar com os custos do tratamento e disposição dos seus subprodutos, e que, por óbvio, o valor será repassado para o consumidor final, quanto mais inadequado à proteção do meio ambiente for o produto, mais caro ele se tornará, portanto, desvalorizado mercado econômico. Nesse mesmo raciocínio, possível concluir que o sistema de logística reversa também beneficia as empresas – aquelas que se adequam aos imperativos de proteção ambiental – ao passo que a reutilização e a reciclagem suprem parte das necessidades de matéria prima, evitando novas aquisições. (MARCHESE, 2013)

Os princípios finais a serem relevados neste estudo têm aplicação direta sobre o Poder Público, vez que constituem preceitos que devem ser obedecidos na formulação e operacio-

13 “All Appleton, 18 anos atrás, era o superintendente do Departamento de Águas de Nova York. A cidade estava pra investir bilhões de dólares em estações de tratamento, pois a poluição ameaçava chegar aos mananciais de Catskill. Ele propôs que em vez de gastar pra tratar a água poluída, por que não pagar pra que ela permaneça limpa? – Percebemos que colocar na cara dos fazendeiros suas obrigações não adiantava. O interesse era mútuo. Propusemos uma troca: Nova Iorque precisa da água pura; vocês precisam manter suas fazendas. Isso é da economia clássica: faça alguma coisa por mim que eu lhe pago por isso. Entramos com a recompensa, com o dinheiro. Em vez de tratar o proprietário rural como predador da Natureza, demos condições para que ele seja um guardião da Natureza.” (O CUSTO da água de Nova Iorque, 2009).

14 *Tipping fee*, em livre tradução.

nalização dos planos de gestão de resíduos sólidos. São eles: *autossuficiência* e *proximidade*. Embora autoexplicativos, não é demais elucidar – o princípio da proximidade recomenda que os resíduos sejam manejados e dispostos o mais próximo possível do lugar de origem; o princípio da autossuficiência, em concordância com o anterior, estabelece as fronteiras do país como limite à proximidade. (DAHL, 2010). Em síntese, significa dizer que os países precisam ser autossuficientes na gestão dos seus resíduos, todavia, cumpre ressaltar a origem europeia desse conceito, onde os países não são maiores que estados brasileiros.

Frente aos princípios sensíveis à gestão de resíduos sólidos, comandos da mais alta relevância e aplicabilidade prática à matéria, é de se acreditar que, uma vez observados, esforços no sentido do desenvolvimento sustentável serão empreendidos por todos os atores sociais dessa relação, sendo a responsabilização o principal fator de integração dos diversos setores da comunidade na gestão compartilhada de resíduos; exemplo da efetivação bem sucedida dos princípios é a gestão de resíduos sólidos desenvolvida e implementada pela Suécia.

4 A GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS DA SUÉCIA

A gestão de resíduos sólidos na Suécia, assim como em toda a Europa, tem como marco regulatório as normativas da União Europeia; abalizado pelas diretivas, o Parlamento Sueco delibera como deverá ser estruturado o seu sistema. A principal diretiva da União Europeia atinente à gestão de resíduos foi a de número 75/442 do Conselho das Comunidades Europeias, de 16 de julho de 1975, pautada na proteção ao meio ambiente e na reciclagem, consagrou (art. 1º) a liberdade dos estados-membros, para adotar regulamentações específicas para categorias particulares de resíduos, determinou que eles deverão tomar as medidas adequadas (art. 3º) para promover a prevenção, a reciclagem e a transformação dos resíduos, bem como, (art. 4º) a fim de garantir que os resíduos sejam eliminados sem pôr em perigo a saúde humana nem prejudicar o ambiente. (UE, 1975).

Despontando para o futuro, o art. 6º da Diretiva apontou a necessidade da criação por parte dos Estados-membros, de planos de gestão que façam referência, especialmente, aos tipos e às quantidades de resíduos a eliminar; às prescrições técnicas gerais para o manejo; e aos locais apropriados para a eliminação. Entretanto, o mais inovador preceito apresentado está contido nos artigos 7º e 11. Aquele celebra a responsabilização do detentor de resíduos, determinando que ele os remeta para coleta ou que proceda à eliminação, e este ordena que os custos da eliminação devem ser suportados pelo detentor que remete os resíduos a um coletor, ou pelos fabricantes do produto gerador de resíduo. Por esses artigos, ficaram efetivadas a normatização e aplicabilidade do princípio do poluidor-pagador e da responsabilidade estendida do produtor. (UE, 1975).

No ano de 2003, o Parlamento Europeu se reuniu e editou Resolução baseada no relatório referente à aplicação da Diretiva 75/445/CEE. Pela Resolução, os estados-membros passaram a ser obrigados a elaborar planos de gestão de resíduos sólidos ou melhorá-los. O item de número 6 da Resolução estabeleceu uma hierarquia de medidas a ser obedecida pelos planos de gestão, sendo a primeira delas “incentivar a redução a prevenção ou a redução da

produção de resíduos”. Na oportunidade, ficou instituído, também, que os estados-membros devem dispor de capacidade de reciclagem e recuperação dos resíduos domésticos, e capacidade de incineração para recuperação de energia quando não houver melhor alternativa de tratamento para os refugos. (UE, 2003).

Existe na Suécia uma entidade de personalidade *sui generis*, trata-se da Avfall Sverige, fundada em 1947, uma espécie de associação de *stakeholders*¹⁵, que conta com quatrocentos membros dos setores público e privado da gestão de resíduos sólidos e reciclagem, de forma que a representatividade da população sueca na Avfall chega a 99,9%, conforme página institucional presente no site da Associação. Na qualidade de *stakeholder*, a Avfall tem a atribuição de representar os seus membros na tomada de decisões, negociações políticas, perante autoridades e mídia, nacional e internacionalmente.

Uma das missões da Avfall é a de disseminar conhecimento e intercambiar experiências. Nesse contexto, são realizadas conferências, cursos, oficinas e anualmente é publicado relatório acerca do modelo sueco de gestão, as mudanças verificadas nos últimos anos e os objetivos para os próximos. Nesta seção, todas as informações e dados técnicos foram retirados do relatório anual publicado pela Avfall no início de 2014, posto que se trata de documento reconhecido internacionalmente por sua confiabilidade, precisão e qualidade.

Na Suécia, a gestão de resíduos sólidos é organizada consoante os preceitos de redução, reuso, reciclagem, recuperação energética e aterramento; e abrange duas esferas de responsabilidade que interessam neste estudo: consumidores que produzem resíduos domésticos ou similares e produtores. Todos os municípios precisam ter o seu projeto de saneamento, que inclui um plano e regulações referentes a resíduos, cabendo, portanto, aos municípios o encargo de coleta e gerenciamento de resíduos domésticos; para a efetivação do plano, contudo, os municípios cobram uma taxa de coleta lixo – que deve ser suficiente à totalidade dos esforços dispendidos na gestão dos resíduos –, e têm discricionariedade para escolher a forma de execução, se por departamentos municipais, ou se através de empresas externas, que podem ser outro município ou uma corporação privada. Até 2013, em 71% dos municípios, a coleta de lixeiras e sacolas foi promovida por empresas privadas; 22% dos municípios realizou a coleta de forma independente e o restante dos municípios usou as duas alternativas em conjunto (AVFALL, 2014, p.7).

Ressalte-se que, em qualquer das formas de execução, o escritório será responsável pelo desempenho de três atividades primordiais: serviço público que consiste em coletar resíduos domésticos e industriais, processo de separação e classificação dos resíduos, e a volta e comercialização de produtos no mercado econômico, e.g. energia ou reciclagem. (COVERLLEC; BRAMRYD; HULTMAN, 2011).

A prevenção da geração de resíduos, uma prioridade estabelecida pela União Europeia e acolhida pela Suécia, consiste no reconhecimento de que o mais benéfico impacto que um produto pode acarretar ao meio ambiente é o de nunca ter sido produzido, reutilizado ou reciclado.

15 *Stakeholders* são grupos e indivíduos que são beneficiados ou prejudicados, e cujos direitos são violados ou respeitados pelas atividades desenvolvidas por corporações. Essa é a definição cunhada por R. Edward Freeman, que funda a teoria ética da administração pela qual o propósito das corporações deve ser atender os *stakeholders*, em analogia à “teoria dos *stockholders*”, ou acionistas. (FREEMAN, 2001).

Em função disso, no encontro anual da Avfall de 2011, foi adotada a visão Lixo Zero, concebida com dois objetivos: dissociar a relação entre quantidade de resíduos e crescimento, e promover um forte movimento no sentido de respeitar a hierarquia do manejo de resíduos.

A reutilização de materiais tem sido frequentemente operacionalizada por meio de pactos entre os municípios e organizações de caridade, que organizam estações de troca dentro dos centros de reciclagem. Os centros de reciclagem são os locais onde o público em geral deve depositar resíduos volumosos ou muito pesados – impróprios para lixeiras e sacolas – e os eletrônicos ou perigosos que fogem à responsabilidade do produtor. Há na Suécia, aproximadamente, 630 centros de reciclagem que recebem cerca de 25 milhões de visitas anualmente (AVFALL, 2014, p. 10). A entrada na maioria dos centros de reciclagem é controlada por sistema eletrônico, que contabiliza as estatísticas dos visitantes e concede a eles um certo número de visitas gratuitas.

A reciclagem de materiais é um aspecto imprescindível à sociedade sustentável, já é possível reciclar toda sorte de plástico, vidro, gesso e até madeira, os quais podem ser transformados, inclusive, em combustível. Consoante pesquisa realizada pela Avfall Sverige em 2011, nas casas em que não se faz a separação dos restos de alimentos dos outros resíduos, cerca de 80% do conteúdo disposto em sacolas pode ser reciclado (AVFALL, 2014, p.16).

Os sistemas de reciclagem são direcionados a duas categorias de resíduos, inorgânicos e orgânicos. Dentre os inorgânicos, há os recicláveis domésticos, e.g. vidros, plásticos, móveis de madeira, que são levados aos centros de reciclagem; e os resíduos genericamente chamados “embalagens e jornais”, que recaem sob a responsabilidade estendida do produtor e são coletados precipuamente através de estações automatizadas de reciclagem pertencentes aos fabricantes. No sistema sueco, é responsabilidade do produtor readquirir papel, embalagens, lixo eletrônico (WEEE¹⁶), pneus, carros, baterias e remédios, e assegurar o tratamento adequado *in situ*, em observância aos princípios da logística reversa e da proximidade.

Aos consumidores finais incumbe o dever de separar e dispor os resíduos conforme as regras municipais. A despeito de haver uma diversidade de sistemas de coleta e transporte de resíduos domésticos, verifica-se que todos eles exigem elevado nível de educação e conhecimento da população tanto acerca dos tipos de resíduos, quanto no que concerne às regras de cada município. Para realizar corretamente as separações, é fundamental saber quais podem ser dispostos em lixeiras e sacolas para serem coletados e quais devem ser levados a instalações especiais, assim é preciso separar os recicláveis que devem ser levados aos centros das embalagens e outros subprodutos retornáveis aos fabricantes; ademais, deve-se alocar em sacolas de diferentes cores: vidro transparente, vidro colorido, metal, plástico, orgânicos para compostagem e resíduos para produção de energia.

Depois de diferenciados, os resíduos dispostos nas sacolas coloridas serão coletados e separados por caminhões com leitura ótica automática e balança que registra o peso do lixo gerado: instrumento fundamental à implementação das taxas variáveis por peso: quanto mais pesado o lixo coletado, maior a taxa a ser paga ao município. Todavia, é comum que os

16 Waste electrical and electronic equipment.

municípios estabeleçam valores diferentes para os tipos de lixo; os orgânicos, por exemplo, custam mais barato. Anualmente, uma família sueca paga, em média, o equivalente a setecentos reais em taxas de lixo. (AVFALL, 2014, p. 26).

Destacando-se no quesito tecnologia, o mais moderno método de coleta vale-se de um sistema automatizado de coleta a vácuo combinado com a possibilidade de utilizar *containers* subterrâneos. Ideal para ambientes de trabalho, por serem fechados e automatizados. No sistema a vácuo, os resíduos são transportados através de tubos subterrâneos que se conectam com *containers* em um terminal, no qual o caminhão de coleta poderá se conectar e ser carregado também a vácuo, ou, na possibilidade de *containers* subterrâneos – reduzem a necessidade de espaço nas ruas para coleta de resíduos, a quantidade de carros necessários para realizar a coleta e previnem odores –, estes são levantados por veículos com guincho.

A reciclagem de resíduos orgânicos é realizada através da digestão anaeróbica, que produz fertilizante com alto teor de nutrientes e cujo uso faz retornar nutrientes ao solo, inclusive fósforo – uma fonte finita e um dos limites planetários – fechando o *life-cycle*¹⁷. A digestão anaeróbica também produz biogás, que é renovável e pode ser utilizado como combustível para carros, em sistemas de calefação ou para produção energética.

Não obstante à possibilidade de produzir energia através de métodos de reciclagem biológica, o principal método de recuperação energética através de resíduos é a incineração realizada em usinas especializadas. Em alta na Suécia, a produção de energia através da incineração tem motivado até mesmo a importação de lixo de outros países, fato que deve ser visto com enorme cautela, posto que as usinas carecem de elevado nível técnico para serem seguras e ainda assim sobrevivem graves problemas ambientais: a emissão involuntária de gases advindos da pirólise e as cinzas altamente tóxicas que restam do processo. Na Suécia, as cinzas são transportadas e dispostas nos aterros. Aterramento é o método de tratamento de resíduos utilizado quando não há nenhuma outra possibilidade de tratamento, por conseguinte, em uma estação moderna de gerenciamento de lixo, o aterro é apenas uma pequena parte da completude de processos. Também nos aterros é possível recuperar energia, especialmente em forma de gás e calor.

Conhecer experiências de sucesso como a da Suécia é fundamental para que se possa adentrar à vivência sustentável com o privilégio de entender os passos a serem seguidos. O Brasil é retardatário em todas as ações de gestão de resíduos; encontrar lixões a céu aberto é comum em qualquer cidade, especialmente nas mais afastadas dos centros metropolitanos, a despeito da vigência da Política Nacional de Resíduos Sólidos que estabeleceu o ano de 2014 como prazo final para a extinção das formas inadequadas de disposição de rejeitos¹⁸. Diante da inoperância dos entes federados, constata-se a utilidade de empreender investigação alusiva a efetividade da norma.

17 Examina um produto e sua passagem por cada um dos estágios de vida, desde o início com a extração de matérias-primas, manufatura, embalagem, transporte, distribuição, venda, uso e fim da vida útil, quando entra no sistema de gestão de resíduos até as fases finais da hierarquia de manejo. (UNEP, 2013).

18 PNRS. Art. 54. A disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, observado o disposto no § 1º do art. 9º, deverá ser implantada em até 4 (quatro) anos após a data de publicação desta Lei.

5 A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS E UM PLANO POLÍTICO-ESTRATÉGICO PARA A SUA EFETIVIDADE

A Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS, instituída pela Lei n.º 12.305, de 2 de agosto de 2010, reúne princípios, instrumentos e diretrizes voltados à gestão de resíduos sólidos, com a finalidade precípua de “proteção da saúde pública e da qualidade ambiental” (art. 7º, I). Em que pese a publicação da referida lei ter-se dado no ano de 2010, seu projeto, o 203/91, tramitou durante mais de vinte anos no Congresso Nacional, uma lacuna temporal que evidencia o processo tardio pelo qual o Brasil necessariamente passará para alcançar uma gestão sustentável de resíduos, sobretudo considerando-se que os países que hoje são tidos como exemplos a serem seguidos iniciaram a discussão e implementação de políticas sustentáveis de gerenciamento de resíduos antes da década de setenta.

A longuíssima tramitação trouxe maturidade à PNRS, que finalmente coloca o Brasil no cenário mundial de gestão de resíduos sólidos e o faz figurar no rol de ações nacionais de sucesso, citado pela United Nations Environmental Programme (UNEP, 2013, p. 23). A PNRS merece diversos elogios, não poupados pelos doutrinadores, a exemplo, Paulo A. Leme Machado ressalta a estruturação dos princípios, “pois seus aplicadores passam a ter orientação eficiente e segura para a própria interpretação do texto legal” (MACHADO, 2014, p. 635). Não obstante ao valor de haver elencados os princípios a serem observados, Bessa Antunes é pontual em apontar a dificuldade que os aplicadores da Lei poderão vivenciar.

É preciso reconhecer que, em um conjunto de cerca de 11 princípios, não é tarefa clara estabelecer quais são os prevalentes, notadamente quando os princípios não são de compreensão unânime e, não raras vezes, são contraditórios entre si. O princípio da precaução, por exemplo, não encontra uma definição tranquila. (ANTUNES, p. 749, 2012).

Destarte, oportuno evidenciar a qualidade da PNRS quanto aos parâmetros estabelecidos, estes em ampla consonância com os melhores e mais modernos sistemas do mundo, no entanto, não se pode olvidar que o real valor da letra da lei é auferido diante de sua eficácia. À vista disso, embora restem elencados metas e instrumentos, a realidade verificada é a total desobediência ao regulamento e sua carência de efetividade. Com a intenção de suprir a insuficiência de comandos factuais, considerando-se a Política Nacional de Resíduos Sólidos, os princípios ambientais e a experiência vivenciada pela Suécia, passa-se a esboçar um plano político-estratégico de ações pragmáticas capaz de direcionar o Brasil a uma gestão sustentável de resíduos.

O primeiro fator a ser relevado é a valia de uma instituição nos moldes da *Avfall Sverige*, cuja atuação é livre de subordinação política ou governamental. É fundamental à disseminação de práticas de gestão que os municípios tenham acesso a um fórum participativo no qual possam buscar suporte habilitado, em conformidade com a Lei e com os anseios dos maiores interessados: os *stakeholders*. Os encontros, relatórios, pesquisas, programas e metas estabelecidos pela *Avfall* foram determinantes para o êxito da Suécia no manejo de resíduos sólidos e certamente uma associação nos mesmos moldes exerceria semelhante papel no Brasil.

É preciso que o poder público compreenda que a adesão dos atores sociais é paulatina, não é razoável crer que uma lei mudará costumes de centenas de anos. Assim, a primeira medida a ser tomada é fazer da coleta de lixo um serviço *uti-singuli*, individualizado de acordo com o peso de resíduos que cada família dispõe. Utilizar a taxação variável e específica – pague pelo que rejeita – é coerente com o princípio do poluidor-pagador e promoverá reflexão acerca do que pode ser feito para diminuir a quantidade de resíduos dispostos. Os instrumentos econômicos precisam ser justificados, não podem servir como mera punição e o seu objetivo é financiar a gestão adequada dos resíduos. Desta feita, os recursos arrecadados serão aplicados na modernização de todo o sistema, sem prejuízo do recebimento de verbas da União, de forma que a implantação de aterros que atendam os padrões de disposição final ambientalmente adequada¹⁹ encontrará previsão orçamentária.

A primeira divisão a ser feita deverá ser entre os resíduos que recaem sob a responsabilidade estendida do produtor e os que cabem inteiramente ao consumidor final. No que se refere aos primeiros, cumpre salientar a previsão do artigo 33 da PNRS, que obriga os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de pilhas, baterias, pneus, lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista, produtos eletrônicos e seus componentes, óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens, agrotóxicos, suas embalagens e outras que constituam resíduos perigosos, a estruturar e implantar sistemas de logística reversa de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos.

Os resíduos de responsabilidade do consumidor devem ser objeto de coleta seletiva, um ponto essencial na mudança de paradigma da gestão de resíduos, porém, muito além de caminhões preparados ao tipo especial de coleta, é preciso que a população seja educada, isto é, é preciso que a população queira ser educada, nesta senda, é também o instrumento econômico de taxação que viabilizará o engajamento da sociedade nessa atividade. Separados os resíduos, cabe aos municípios organizar a forma de coleta, a reciclagem e o tratamento para disposição final, conforme demanda. Nesse momento inicial, recomenda-se a permanência do sistema de recolhimento de rejeitos de porta em porta; a diferenciação na taxação de rejeitos recicláveis, no sentido de abater o valor destes da taxa devida pelo volume total de refugos, consoante princípio do protetor-recebido; e a parceria com associações de catadores para os resíduos pesados ou volumosos, bem como para a operacionalização da reciclagem.

Num segundo momento, as ações devem avançar, exigindo maior comprometimento dos setores da sociedade. Devem ser celebrados acordos setoriais²⁰ também com os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de produtos vendidos em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, observando-se a previsão do artigo 33 §1º da PNRS. O compartilhamento da responsabilidade com o setor produtivo terá duplo efeito, o primeiro é o encarecimento das mercadorias, vez que a despesa adicional a ser suportada pelas empresas, naturalmente, será repassada para o consumidor final, e o segundo é a reformulação dos produtos e embalagens. As embalagens precisarão ser mais inteligentes, reutilizáveis, recicláveis para serem mais econômicas, os consumidores seguramente escolherão os produtos mais baratos.

19 PNRS. Art. 3º. VIII - disposição final ambientalmente adequada: distribuição ordenada de rejeitos em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos.

20 PNRS. Art. 3º I - acordo setorial: ato de natureza contratual firmado entre o poder público e fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes, tendo em vista a implantação da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto.

Nessa etapa, é adequado introduzir o conceito dos centros de reciclagem, uma vez que é esperado um volume de recicláveis superior à capacidade das pequenas associações de catadores, que devem ser inseridas no trabalho dos centros. Ademais, os centros também devem funcionar como local de disposição e retirada de materiais reutilizáveis. A reutilização é um desafio, posto que aparenta ofender a dignidade e o poder de compra dos brasileiros, em função disto, gradualmente o estímulo econômico antes voltado para a reciclagem deverá passar para a atividade de reutilização; a reciclagem é uma fase necessária para a sociedade brasileira aderir a reutilização; contudo, não se pode esquecer que a reciclagem não é o alvo principal²¹.

Toda a lógica de utilização de instrumentos econômicos é ideal para promover a adesão da sociedade, porém, paralelamente, dever ser intensa a prática da disseminação de informações, educação e conscientização ambiental, afinal, o que se espera a longo prazo é a compreensão de todos os envolvidos nessa relação de consumo, utilização e disposição, acerca do papel que cada indivíduo tem ou pode vir a ter na sustentabilidade global e na promoção de um espaço saudável e seguro para o desenvolvimento humano.

6 CONCLUSÃO

Diante de todas as investigações e reflexões, chega-se à conclusão de que para atingir a desejada mudança de paradigma imposta pela PNRS e demandada pelo meio ambiente, todos os ramos da sociedade e as três esferas governamentais precisam estar integrados na missão de criar e pôr em prática planos sustentáveis de manejo de resíduos. A análise dos princípios do direito ambiental revelou a complexidade do bem e do direito ambiental, consequentemente evidenciou a imprescindibilidade de que os profissionais deste ramo jurídico tenham um mínimo de qualificação técnica que os subsidie na tomada de decisões, adoção de medidas e no cumprimento das leis. Na qualidade de guardiões da ordem constitucional e legislativa, é papel dos juristas examinar a doutrina ambiental e extrair dela os instrumentos e comandos capazes de auxiliar a promoção de uma gestão de resíduos sustentável, participativa e segura para a humanidade.

O desenvolvimento econômico que ignora o equilíbrio ecológico, em breve, estará carente de recursos e de ambiente favorável; para que a sociedade global continue a desenvolver-se, é forçosa a adoção do paradigma da sustentabilidade e da consciência ambiental, fazendo com que as ações da humanidade passem a ser dirigidas pela preocupação com a preservação do planeta, e não mais pela comodidade e egoísmo.

A delimitação de princípios sensíveis serve como guia à interpretação dos princípios ambientais gerais e das determinações da PNRS, vez que o raciocínio que orienta a determinação desses princípios é a conjugação da doutrina ambiental e das necessidades práticas da matéria de resíduos. Os princípios sensíveis suprem, em parte, a lacuna de objetividade e efetividade comumente experimentada pelo Direito Ambiental.

21 PNRS. Art. 9º - Na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, deve ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.

A análise acerca da experiência vivida pela Suécia em termos de gestão de resíduos evidencia e legitima os princípios sensíveis e as diretrizes adotadas pela PNRS. Entretanto, não são as semelhanças que tornam este estudo comparado proveitoso – se os ordenamentos estão em consonância, pode-se dizer que a realidade dos dois países encontra-se em situação de completa divergência.

A intervenção do poder público é necessária, mas sua atuação deve relevar a participação, a disseminação de informações e a cooperação entre os povos. Nesse sentido, é louvável a edição da Lei que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, contudo, ao consagrar a competência dos municípios para promover a gestão sustentável e local de resíduos – entendimento correto e alinhado com as atribuições constitucionais –, o poder público ofereceu um encargo que a maioria dos municípios brasileiros não está apto a executar. Grande parte da inobservância à PNRS deve ser creditada ao fato de que os entes federados não detêm o *know-how* necessário para implantar um plano de gestão de resíduos sólidos.

A temática da gestão de resíduos sólidos ainda é nova para os brasileiros e para as municipalidades, sobretudo para as mais afastadas dos centros metropolitanos; exatamente pela falta de intimidade com o tema e por ser a PNRS similar à política adotada pela União Europeia e sancionada pelo Parlamento Sueco, é de fundamental pertinência o estudo comparado aqui delineado, porquanto oferece valioso *insight* e expertise que apenas um modelo consolidado e próspero como o da Suécia pode oferecer.

Sob esse prisma, foram examinados os fatores que determinaram o sucesso do sistema da Suécia a fim de que condutas análogas fossem empregadas no Brasil. Com esta finalidade, foram considerados alguns artigos da PNRS – os mais gerais e importantes na realidade prática – em conjunto com as atividades empreendidas pela Suécia, para que se pudesse delinear um plano de ações funcionais e possíveis, a ser executado em etapas. A prática de ações aprendidas com a experiência sueca traz o benefício de décadas de vivência com o tema e a previsibilidade de resultados.

Nesse raciocínio, importa destacar que, a despeito de esboçar um plano de ações, os resultados atingidos por este estudo encontram-se distribuídos em seu inteiro teor, em cada análise e informação trazidos, devendo todos os conhecimentos alcançados servirem de inspiração para a formulação de modelos de gestão.

Por toda a exploração e análise empreendidas, conclui-se que objetivos utópicos devem ser evitados, posto que a adesão de produtores e consumidores é gradativa, entretanto, a alteração do modelo de gestão consiste essencialmente em mudança político-estratégica – imprescindível ao equilíbrio ambiental – perfeitamente possível de ser operacionalizada, conforme demonstrado, bastando, para tal fim, que haja difusão de conhecimentos e experiências para todos os setores sociais, especialmente para municipalidades, onde a transformação deverá começar.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

AVFALL SVERIGE. **Swedish Waste Management**. Suécia, 2014. Disponível em: <http://www.avfallsverige.se/fileadmin/uploads/Rapporter/sah_2014_Eng_141001.pdf> Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal. Brasília, Distrito Federal. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. **Lei n.º 12.305**, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm> Acesso em: 10 set. 2014.

CEE, Conselho das Comunidades Econômicas Europeias. **Diretiva 75/442**, de 15 de julho de 1975. Relativa aos Resíduos. Bruxelas, 1975. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31975L0442>> Acesso em: 5 jul. 2014.

COVERLLEC; BRAMRYD; HULTMAN. **The Business Model of Swedish Municipal Waste Management Companies**. Research in Service Studies. Lund University. Suécia, 2011.

DAHL, Courtney A. **Connecting consumption with environmental impact: Waste prevention and Pay as You Throw, a collective case study in Sweden**. 2010. Tese (Mestrado) – Lund University Centre for Sustainability Studies – LUCSUS, Suécia, 2010. Disponível em: <http://www.lumes.lu.se/database/alumni/08.10/Thesis/Dahl_Courtney_Thesis_2010.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2014.

DEMAJOROVIC, Jacques. **Da política tradicional de tratamento do lixo à política de gestão de resíduos sólidos as novas prioridades**. Revista de Administração de Empresas. 1995, vol.35, n.3, p. 88-93. São Paulo, 1995. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-75901995000300010>> Acesso em: 12 ago. 2014.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREEMAN, R. Edward. **A stakeholder theory of the modern corporation**. In: Perspectives in Business Ethics. 2001. Disponível em: <<http://rintintin.colorado.edu/~vancecd/phl306/Freeman.pdf>> Acesso em: 10 out. 2014.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MARCHESE, Letícia de Quadros. **Logística Reversa das Embalagens e sua Contribuição para a Implantação da Política Nacional de Resíduos Sólidos**. 2013. Tese (Mestrado). Centro Universitário UNIVATES. Programa de pós-graduação stricto sensu - Mestrado em

Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, Brasil. 2013. Disponível em: <<https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/292/1/LeticiaMarchese.pdf>> Acesso em: 15 out. 2014.

MARCHI, Cristina Maria Dacach Fernandez. **Cenário Mundial dos Resíduos Sólidos e o Comportamento Corporativo Brasileiro Frente à Logística Reversa**. Perspectivas em Gestão & Conhecimento, Vol. 1, n. 2, p. 118-135. João Pessoa, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/pgc/article/view/9062/6907>> Acesso em: 12 out. 2014.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

O CUSTO da água de Nova Iorque. Programa Globo Rural, 8 fev. 2009. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=8D4bA6YMorA>> Acesso em: 12 out. 2014.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração de Estocolmo**. In: Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente Humano. 1972. Estocolmo, Suécia. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc> Acesso em: 14 ago. 2014.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ECO-92** In: Conferência das Nações Unidas sobre Meio ambiente e Desenvolvimento, 1992. Rio de Janeiro, Brasil. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>> Acesso em: 14 ago. 2014.

PARLAMENTO EUROPEU. **Resolução sobre o relatório respeitante à aplicação da Directiva 75/442/CEE**, de 19 de novembro de 2003. Estrasburgo, 2003. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2003-0508+0+DOC+XML+V0//PT>> Acesso em: 5 jul. 2014.

ROCKSTRÖM, Johan. **A Safe Operating Space for Humanity**. Nature. Vol. 461, p. 472-475, 24 set. 2009. Disponível em: <http://steadystate.org/wp-content/uploads/2009/12/Rockstrom_Nature_Boundaries.pdf> Acesso em: 7 ago. 2014.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

UNEP, United Nations Environment Programme. **Guidelines for National Waste Management Strategies: moving from challenges to opportunities**. 2013. Disponível em: <<http://www.unep.org/ietc/InformationResources/Events/GuidelinesfortheDevelopmentofNationalWasteM/tabid/104470/Default.aspx>> Acesso em: 8 ago. 2014.

UNEP, United Nations Environment Programme. **Solid Waste Management**. 2005. Disponível em: <<http://www.unep.org/ietc/informationresources/solidwastemanagementpublication/tabid/79356/default.aspx>> Acesso em: 18 ago. 2014.

EXTRAFISCALIDADE AMBIENTAL E MÍNIMO EXISTENCIAL: UMA ANÁLISE DAS NORMAS TRIBUTÁRIAS INDUTORAS COMO MEIO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO¹

Carlos Augusto de Souza Barbalho²

RESUMO

O presente artigo propõe a utilização das normas tributárias indutoras, no seu aspecto extrafiscal, como instrumento de concretização do Estado socioambiental de direito, o qual se constitui no modelo estatal que reflete a evolução do Estado democrático brasileiro, no sentido de integrar a proteção jurídica dos direitos humanos à tutela ambiental. Tal proposição visa refletir a respeito da necessidade do estabelecimento do “mínimo existencial ambiental” no Brasil, como também no cenário internacional. Assim, efetivar a proteção da dignidade humana em sua dimensão ecológica e utilizar a implantação de normas tributárias indutoras como um forte instrumento capaz de conduzir indivíduos e empresas a determinados comportamentos, que resultam em proteção efetiva do meio ambiente.

Palavras-Chave: Estado socioambiental. Tributo ambiental. Extrafiscalidade.

ENVIRONMENTAL EXTRAFISCALITY AND MINIMUM EXISTENTIAL: AN ANALYSIS OF THE INDUCING TAX RULES AS A MEANS TO THE IMPLEMENTATION OF ENVIRONMENTAL RULE OF LAW

ABSTRACT

This article proposes the use of inducing tax rules in its extrafiscal aspect, as implementation of the environmental state of law instrument, which constitutes the state model that reflects the evolution of the Brazilian democratic state, to integrate the legal protection of human rights to environmental protection. This proposal aims at contributing to the establishment of “environmental minimum existential” in Brazil, but also in the international arena, which proposes the development of recent decades. Based on this, it also intends to conduct the protection of human dignity in its ecological dimension and to use the implementation of inducing tax rules can be a strong instrument capable of leading individuals and companies to certain behaviors that result in effective protection of the environment.

Keywords: Environmental State. Environmental Tax. Extrafiscality.

1 INTRODUÇÃO

O modelo de Estado Socioambiental é provedor da proteção dos direitos fundamentais especialmente sob o enfoque da dignidade da pessoa humana em sua dimensão ecológica, que constitui o fundamento da República Federativa brasileira. Assim, a presente pesquisa propõe

1 Projeto de Pesquisa de Iniciação Científica CNPQ\PIBIC, orientado pela Profa. Dra. Lenice S. Moreira de Moura.

2 Discente do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN).

a utilização das normas tributárias indutoras, no seu aspecto extrafiscal, como instrumento de concretização do Estado socioambiental de direito, constituindo no modelo estatal que reflete a evolução do Estado democrático brasileiro, no sentido de integrar a proteção jurídica dos direitos humanos à tutela ambiental. Para tanto, faz-se necessário analisar o corpo teórico do modelo estatal, bem como a utilização de tributos com intuito extrafiscal. Muito se discutiu, ao longo da evolução dos Estados modernos, que a proteção do meio natural na qual o homem estava inserido era algo para ser levado a sério, principalmente devido às grandes mudanças que a nossa biosfera vem sofrendo graças aos avanços tecnológicos do homem. Os Estados soberanos começaram a redirecionar suas discussões para meios efetivos de proteção ao meio ambiente natural. Tal proposição visa contribuir para o estabelecimento do “mínimo existencial ambiental” no Brasil e para a efetiva proteção da dignidade humana em sua dimensão ecológica, já que a implantação de normas tributárias indutoras pode ser um forte instrumento capaz de conduzir indivíduos e empresas a determinados comportamentos que resultam em proteção efetiva do meio ambiente. O método expositivo indutivo foi utilizado para os fins deste trabalho, partindo-se da análise de situações concretas de adoção de medidas protetivas do meio ambiente, no sentido de buscar uma solução jurídica capaz de integrar tributação, meio ambiente e direitos humanos. Portanto, também foi utilizado o método dialógico de abordagem do tema, já que sua problematização abrange questões transdisciplinares, que envolvem direito ambiental, constitucional e tributário.

2 DO ESTADO LIBERAL AO SOCIAL DE DIREITO: UMA BREVE ANÁLISE

2.1 O ESTADO LIBERAL

O Estado Liberal de Direito, conhecido como um Estado não intervencionista das relações privadas, fruto das aceções burguesas que queriam ver um Estado livre de seus fins econômicos, já que segundo Adam Smith, há uma mão invisível reguladora da economia, a qual, altamente individualista e ausente de direitos sociais e econômicos no texto constitucional, utilizava-se dos tributos unicamente como mantedor do aparelho estatal. A grande preocupação girava em torno do *ter* e não do *ser*, destacando um grande quadro de desigualdade social.

Porém, com a ascensão do capitalismo, mesmo que preliminarmente, a noção de crescimento aliada à regulação econômica, o modelo de Estado Liberal foi entrando em decadência. O que foi intensificado principalmente no final do século XIX com início no século XX, época em que a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, a chamada crise de 29, trouxe um grande transtorno econômico mundial.

2.2 O ESTADO SOCIAL

Em decorrência do fracasso do antigo modelo estatal, ficou clara a necessidade de uma intervenção estatal na economia e na efetivação de direitos coletivos. Com a Revolução Industrial e a evolução da sociedade, o direito não estava mais dando conta de determinadas

situações fáticas, fortalecendo a ideia de um Estado mais interventor. Agora a noção muda de figura, passando o *ser* a ser como preocupação imediata do Estado, e não mais o *ter*, denominando assim o que os autores clássicos vão chamar de dirigismo contratual. Um Estado comprometido com a justiça social, que viu propagar a subsistência humana como direito fundamental e inserir a ordem econômica nas constituições a partir do século XX. Porém como o modelo capitalista continuava em ascensão, os grandes detentores de poder viu uma insatisfação no Estado Social. Já que para alcançar o “mínimo existencial”, o Estado demasiava uma grande arrecadação tributária.

2.3 O ESTADO NEOLIBERAL

Os liberais retornam criticando principalmente as altas inflações, oriundas da grande incidência tributária do Estado. Teve como um dos maiores repercussores Milton Friedman, que defendia um Estado menos interventor nos impostos, de modo que o poder estatal diminuísse na regulação do preço das mercadorias. Assim os modos de produção capitalista ganhariam mais coerência. Tal processo foi intensificado com o fenômeno globalizante que permitiu uma maior circulação de riquezas, principalmente com o fortalecimento dos grandes blocos econômicos.

3 O ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO: O RECONHECIMENTO DO MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A nossa dependência frente ao meio ambiente natural nunca foi uma das principais preocupações da comunidade internacional, porém o cenário foi mudando, principalmente nas últimas décadas, devido às transformações sociais, econômicas e tecnológicas por quais a humanidade passou. As grandes guerras demonstraram o ápice do desrespeito ao *ser* humano. A necessidade de uma reforma de como o *ser* humano é tratado foi a grande preocupação dos Estados soberanos na época, mas não bastava só isto, viu-se a necessidade do equilíbrio do homem para com o meio natural, já que as consequências eram drasticamente vistas. Em 1987, o Relatório *Nosso Futuro Comum* da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento levantou a necessidade da dependência do homem ao meio ambiente, como muito bem aponta Sarlet e Fensterseifer (2010):

O Relatório *Nosso Futuro Comum* (ou Relatório Brundtland), datado de 1987, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, na antessala da Conferência das Nações Unidas, sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), reconheceu a nossa dependência existencial em face da biosfera e destacou o quadro de desigualdade social na base do projeto de desenvolvimento econômico e social levado a cabo até então no cenário mundial, revelando que uns poucos países e comunidades no mundo consomem e esgotam boa parte dos recursos naturais, ao passo que outros, em um número muito maior, consomem muito pouco e vivem na perspectiva da fome, da miséria, da doença e da morte prematura.

Assim, frente às degradações ambientais, fala-se na existência de um Estado Socioambiental de Direito, preocupado com a proteção ambiental, ou seja, o meio ambiente passa a se tornar pauta urgente dos gestores mundiais, e não mais uma questão periférica. A ideia como aponta Sarlet e Fensterseifer (2010) não é a de reduzir a um Estado Pós-social, pois, na atual conjuntura, o Estado está longe de atingir seus objetivos constitucionais sociais com os seus cidadãos.

3.1 A DIMENSÃO ECOLÓGICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Uma das principais análises do Estado Socioambiental parte da acepção ecológica da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. A dignidade da pessoa humana inserida na atual Constituição brasileira é fonte matriz para todo o ordenamento jurídico, demais princípios e espécies normativas. Se existisse uma escala principiológica, tal princípio seria o de maior hierarquia na nossa Carta Maior, já que, como aponta Tiago Fensterseifer, “é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal” (2008).

O mínimo existencial ou mínimo vital que o Estado constitucional tenta garantir encontra suas bases em tal dignidade humana, sendo assim, qualquer ação estatal que não vise assegurar um patamar mínimo de qualidade ambiental - já que não há como falar em mínimo de existência das pessoas que vivem próximo a rios e lagos poluídos ou perto de lixões - violaria o núcleo essencial de tal princípio. Com esse pensamento, concluímos sobre a existência de uma acepção ecológica do princípio da dignidade da pessoa humana, devendo ser preocupação imediata dos gestores garantir o mínimo existencial ecológico.

4 A EXTRAFISCALIDADE AMBIENTAL

É preciso participação efetiva de toda a sociedade para que haja tal proteção ambiental e para que o Estado possa cumprir com seus objetivos, já que tão somente uma atuação estatal implicaria uma carga tributária demasiadamente excessiva, pois para que se tenha a obtenção desses dois resultados, mínimo existencial e qualidade ambiental essencial à vida humana, o Estado precisará de recursos e assim fazer os devidos investimentos.

Porém, naturalmente, o homem luta por seus interesses, como já apontou Thomas Hobbes, então este estímulo social tem que partir do próprio Estado, que pode ser dar através do campo tributário, no qual – ao invés de instituir o tributo com a finalidade unicamente fiscal – o Estado irá utilizar de suas competências tributárias para instituir o tributo com a finalidade de controle do sistema político-econômico, ocorrendo a denominada extrafiscalidade. É dentro do campo da extrafiscalidade que o Estado irá controlar o uso de suas espécies tributárias para assim atingir suas finalidades de cunho extrafiscal, que, dentre deles, poderá ser a proteção ambiental.

4.1 OS METÓDOS DE PARTICIPAÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA

Já que agora compreendemos o que ocorre com a chamada extrafiscalidade, é necessário entender de que forma prática o Estado utilizará suas atividades dentro deste campo. Para isso, é de grande mister que haja a compreensão dos métodos de participação do Estado na economia. Antes, é preciso afastar a ideia equivocada de que o Estado intervém na economia. Do ponto de vista jurídico, o Estado não intervém em campo nenhum, o que ele faz é exercer suas competências, tributárias, administrativas, etc. Mas isto não significa dizer que entre a esfera econômica e a esfera jurídica haja relações recíprocas. Sendo a economia e o direito como grandes sistemas, como aponta a Teoria dos Sistemas do sociólogo jurídico Niklas Luhmann³; o que há é que o direito presta serviços para o sistema econômico, e não intervém.

Existem três modos de participação do Estado na economia: intervenção por absorção ou participação; intervenção por direção e intervenção por indução (vale salientar que para fins de compreensão didática utilizaremos a terminologia “intervenção”, pois infelizmente esta é a ideia perpetuada entre a maioria dos doutrinadores, mas já deixamos claro aqui o nosso pensamento quanto a isto), como muito bem aponta Grau (2007):

No primeiro caso, o Estado intervém no domínio econômico, isto é, no campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação, então, como agente (sujeito) econômico. Intervirá, então, por absorção ou participação. Quando o faz por absorção, o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de monopólio. Quando o faz por participação, o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades nesse mesmo setor. No segundo e no terceiro casos, o Estado intervém sobre o domínio econômico, isto é, sobre o campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação, então, como regulador dessa atividade. Intervirá, no caso, por direção ou por indução. Quando o faz por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito. Quando o faz, por indução, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados.

E será o método indutivo o mais eficaz dentro do campo da extrafiscalidade para o Estado atingir a finalidade de proteção ambiental com a utilização das espécies tributárias, pois irá induzir aos agentes econômicos, pessoas físicas e jurídicas a determinados comportamentos, seja de estímulo, seja como desestímulo. Tomamos por exemplo o caso da empresa X que recebe isenções fiscais de determinado tributo por estar comprovando medidas que ajudam a despoluir a rede de esgoto da região, no exemplo citado o Estado deixará de arrecadar tributos da determinada empresa, porém, em compensação, deixará de gastar aquilo que levantaria para despoluir a rede de esgoto da região. Notemos o quanto pode ser eficaz uso da finalidade extrafiscal para que haja a tutela ambiental.

3 LUHMANN, Niklas. Introdução à Teoria dos Sistemas.

4.2 O ICMS ECOLÓGICO

Os tributos, com previsão legal no artigo 3º do Código Tributário Nacional (CTN), estabelecem que “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. (BRASIL, 1966). É necessário afastar o pensamento dos tributos com fins extrafiscais, que visam obter a proteção ambiental, constituir sanção a um ato ilícito, como propõe o princípio do poluidor-pagador do ramo do direito ambiental. Os tributos com essa finalidade estão ligados mais à ideia de royalties, ou seja, como uma compensação pelo ato praticado, do que a uma sanção, já que assim seria inconstitucional. A Constituição Federal da República Federativa do Brasil (CFRB), em seu artigo 145, trata as espécies tributárias como taxas, impostos e contribuições de melhoria, mas há outras duas espécies (Empréstimos Compulsórios e Contribuições Sociais), sendo aquelas o principal objeto deste estudo. Sobre os impostos, já que estamos tratando neste tópico do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), o site governamental ICMS Ecológico elucida:

Conforme inciso II do artigo 155 da Constituição Brasileira, a competência para instituir imposto sobre “operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (...)”, é dos estados e do Distrito Federal, sendo certo que, no caso do ICMS, o exercício da competência tributária é necessário e não facultativo.

Portanto, cada estado da Federação tem competência legal, atribuída pela Constituição Federal, e deve instituir o ICMS em seus respectivos territórios. Esse é o motivo da eventual diferença de valores, por exemplo, no preço dos combustíveis quando viajamos para outro estado. Além das questões de mercado (frete, por exemplo), a diferença pode ocorrer em virtude de uma alíquota diferente no ICMS nesse ou naquele estado.

De todo modo, importante compreendermos que o fato gerador para a incidência do imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços ocorre na menor porção territorial da divisão federativa do estado, ou seja, nos municípios.

Dessa forma, tudo quanto foi arrecadado pelo estado deu-se em virtude de transações realizadas nos municípios. O raciocínio é óbvio e fundamental para compreenderem como se forma o bolo da arrecadação do ICMS pelo estado e como parte desse bolo será repartido entre os municípios, que, afinal, contribuíram para o total arrecadado.

Nesse sentido, o artigo 158, inciso IV da Constituição, ao tratar da “Repartição das Receitas Tributárias”, rege que pertencem aos municípios: “vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação”. Além disso, assevera, em seu parágrafo único, que as parcelas de receita dos municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

Portanto, do valor total arrecadado de ICMS pelo estado, os municípios fazem jus a 25%, e $\frac{1}{4}$ desse total será repassado aos municípios de acordo com o que dispuser a lei estadual.

A possibilidade de o estado criar o ICMS Ecológico dá-se mediante consideração do critério ambiental no momento de calcular a participação de cada um dos municípios na repartição dos valores arrecadados. Ou seja, o nome “ICMS Ecológico” advém da possibilidade de estipular critérios ambientais para uma parcela desse $\frac{1}{4}$ dos 25% a que fazem jus os municípios, conforme previsto na Constituição Federal.

O ICMS Ecológico pode servir como um instrumento de estímulo à conservação da biodiversidade, quando ele compensa o município pelas Áreas Protegidas já existentes e também quando incentiva a criação de novas Áreas Protegidas, já que considera o percentual que os municípios possuem de áreas de conservação em seus territórios. Entretanto, é importante destacar que, de forma geral, o critério ambiental refletido no ICMS Ecológico é mais amplo, e abarca, além das Áreas Protegidas outros fatores, como a gestão de resíduos sólidos, o tratamento de esgoto e outros determinados de acordo com cada lei estadual.

Portanto, podemos conceituar o ICMS Ecológico como o critério ou conjunto de critérios ambientais, utilizados para a determinação do quanto cada município vai receber na repartição dos recursos financeiros, arrecadados com o ICMS.

Um dos primeiros Estados a utilizar o ICMS Ecológico foi o Paraná, que viu no ICMS uma forma de compensação/estímulo econômico, já que os municípios recebiam uma maior fatia do ICMS comprovando medidas de preservação ambiental de determinadas áreas. Logo a ideia foi adotada por outros Estados da Federação, onde se viu a vinculação do repasse do ICMS àquilo que melhor atendesse aos interesses locais: saneamento ambiental, coleta seletiva de lixo, etc. A utilização do ICMS Ecológico fez aumentar progressivamente as áreas de preservação ambiental, como demonstra o trabalho de conclusão de curso do estudante Vinicius Duarte Ribeiro, da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Depois da adoção de tal medida, Estados como Rio de Janeiro, São Paulo e Paraná tiveram suas áreas de preservação ambiental aumentadas em cerca de 200%.

5 CONCLUSÃO

Observa-se que a proteção ambiental está intimamente ligada à garantia dos direitos fundamentais, já que o direito a uma vida digna diz respeito a um ambiente ecologicamente equilibrado como condição para o desenvolvimento da vida humana. Ações estatais incoerentes com um patamar mínimo de qualidade ambiental afetam o núcleo essencial da dignidade humana e a tutela da vida. Assim, torna-se mister a concretização do Estado Socioambiental como promotor de políticas públicas que tornem efetiva a proteção do mínimo existencial ambiental, com o intuito de garantir tal dignidade,

inclusive em sua dimensão ecológica. O Estado, para isto, precisará de recursos e dos devidos investimentos, podendo fazer uso do instrumento tributário para induzir a sociedade a comportamentos capazes de contribuir com a proteção ambiental, inserindo-se no campo da extrafiscalidade, através do método de participação estatal na economia, denominado de indução. O Estado, controlando alíquotas, estabelecendo reduções ou aumento de base de cálculo de determinados tributos, pode incentivar a proteção de vários bens jurídicos, inclusive a tutela ambiental. Tomamos como exemplo o uso do ICMS Ecológico que viu no seu repasse aos municípios uma forma de atingir finalidades de proteção ambiental, aumentando gradativamente as áreas de preservação ambiental.

REFERÊNCIAS

PRADO, Esther Regina Corrêa Leite. A proteção ao meio ambiente e a extrafiscalidade. Revista **Consultor Jurídico**, 9 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-09/esther-pradoa-protecao-meio-ambiente-extrafiscalidade>>. Acesso em: 15 agost. 2013.

MAGANHINI, Thais Bernardes. **Extrafiscalidade ambiental: um instrumento de compatibilização entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente**. Faculdade de direito, Universidade de Marília. São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.professorsabbag.com.br/arquivos/downloads/1277138365.pdf>>. Acesso em: 20 agost. 2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Direito Ambiental Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TORRES, Heleno Taveira (org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros. 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DARTAGNAN, Limberger Costa; LEANDRO, Konzen Stein. **AS NORMAS TRIBUTÁRIAS INDUTORAS NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO: o desenvolvimento sustentável como princípio da ordem econômica brasileira**. Disponível em: <<http://www.dartagnan.adv.br/7.pdf>>. Acesso em: 20 agost. 2013.

TIAGO, Fensterseifer. **A DIMENSÃO ECOLÓGICA DA DIGNIDADE HUMANA: as projeções normativas do direito (e dever) fundamental ao ambiente no Estado Socioambiental de Direito**. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <[http://unisc.br/portal/upload/com_arquivo/dissertacao_a_dimensao_ecologica_da_dignidade_humana_as_projecoes_normativas_do_direito_\(e_dever\)_fundamental_ao_ambiente_no_estado_socioambiental_de_direito..pdf](http://unisc.br/portal/upload/com_arquivo/dissertacao_a_dimensao_ecologica_da_dignidade_humana_as_projecoes_normativas_do_direito_(e_dever)_fundamental_ao_ambiente_no_estado_socioambiental_de_direito..pdf)>. Acesso em: 01 set. 2013.

CAROLINE, Barbosa Contente Nogueira; ROGER, Luiz Paz de Almeida. **POR UM CONSTITUCIONALISMO SOCIOAMBIENTAL: O PRINCÍPIO DO “BUEN VIVIR” E O NOVO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO LATINO AMERICANO**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4dc3ed26a29c9c3d>>. Acesso em: 18 set. 2013.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

BRASIL. **LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 12 out. 2013

Portal eletrônico do Brasil sobre ICMS Ecológico (ICMS-E). Disponível em: <<http://www.icmsecologico.org.br/>>. Acesso em: 28 de set. 2013.

OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA: A TEORIA DO DECRESCIMENTO, O DIREITO AO CONSUMO E SEUS REFLEXOS NO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

*Mayara Fyama Nelo Ferreira¹
João Batista Machado Barbosa²*

RESUMO

Partindo da análise do documentário intitulado “A Conspiração da Lâmpada”, este trabalho tem como escopo tratar de algumas reflexões acerca da obsolescência programada, estratégia utilizada como modelo de desenvolvimento econômico. Este artigo traz o conceito da obsolescência programada como uma das estratégias da sociedade de consumo, e ainda acrescenta a possibilidade de combatê-la, ao mesmo tempo, defendendo um direito ao consumo e ao desenvolvimento sustentável. Ressalta a importância das políticas de combate aos reflexos da obsolescência programada ao meio ambiente, e realiza um estudo de institutos como a atual Lei de Política Nacional de Resíduos Sólidos, a Logística Reversa e a Teoria Cradle to Cradle, ou Berço ao Berço, buscando ir além na questão da sustentabilidade. **Palavras-chave:** Desenvolvimento. Consumo. Meio Ambiente. Sustentabilidade.

PLANNED OBSOLESCENCE: THE DEGROWTH THEORY, THE RIGHT TO CONSUMPTION AND ITS CONSEQUENCES ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT

ABSTRACT

Based on the analysis of the documentary called “The Light Bulb Conspiracy”, this paper aims at addressing some thoughts on planned obsolescence as a strategy for the economic development model. This article presents the concept of planned obsolescence as one of the strategies of the consumption society, and adds the ability to fight it and simultaneously defend the “right to use” and sustainable development. It underscores the importance of policies to combat the effects of the planned obsolescence of the environment, and conducts a study on the current law institutes like the National Solid Waste Policy, the Reverse Logistics and the Cradle to Cradle Theory, seeking to go beyond the sustainability matter.

Keywords: Development. Consumption. Environment. Sustainability.

1 INTRODUÇÃO

Você já parou para pensar no que significa a palavra “progresso”? Pois então pense: estradas, indústrias, usinas, cidades, máquinas e muitas outras coisas que ainda estão por vir e que não conseguimos nem ao menos imaginar. Algumas partes desse processo todo são muito

1 Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN. Email: mayarafyama01@gmail.com

2 Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN | E-mail: jbmb@uol.com.br.

boas, pois melhoram a qualidade de vida dos seres humanos de uma forma ou de outra, como no transporte, comunicação, saúde, etc. Mas agora pense só: será que tudo isso de bom não tem nenhum preço? Será que para ter toda essa facilidade de vida nós, humanos, não pagamos nada? (MENDES, 2014).

Você já ouviu alguém dizer que para tudo na vida existe um preço? Pois é, nesse caso não é diferente. O progresso, da forma como vem sendo feito, tem acabado com o ambiente ou, em outras palavras, destruído o planeta Terra e a Natureza. Um estudioso do assunto disse uma vez que é mais difícil o mundo acabar devido a uma guerra nuclear ou a uma invasão extraterrestre (ou outra catástrofe qualquer) do que acabar pela destruição que nós, humanos, estamos provocando em nosso planeta.

Você acha que isso tudo é um exagero? Então vamos trocar algumas ideias.

Em primeiro plano, o objetivo deste trabalho é discutir a exposição da sociedade aos estímulos antiéticos de um consumismo irracional e não razoável, conceituando a obsolescência programada enquanto tática artilosa utilizada pelas empresas para reduzir a vida útil dos produtos, aumentando as vendas e conseqüentemente os lucros.

Posteriormente, em análise realizada no documentário “A conspiração da Lâmpada”, registra-se uma abordagem das violações ao direito do consumidor e ao meio ambiente. Nesse contexto, a teoria do decrescimento traz a discussão e a distinção conceitual entre desenvolvimento e crescimento econômico.

Pauta-se o desestímulo do consumismo e o combate a obsolescência programada no modelo de desenvolvimento que cristalice as reais necessidades humanas e garanta o direito ao consumo e ao desenvolvimento sustentável. Os teóricos aduzem que o direito ao desenvolvimento é um direito humano virtuoso em decorrência do fato de que toda pessoa humana está apta a desfrutar de uma gama de direitos e liberdades, a fim de que se possa ser atingido o desenvolvimento social, econômico e político.

Um dos principais desafios da modernidade é conseguir equilibrar o conceito trazido pela ideia do crescimento econômico, a questão da sustentabilidade em um novo modelo de consumo que venha substituir a prática insustentável atual e que seja aceitável para toda a população trazendo melhores condições de vida.

O consumo consciente se torna efetivo ao ser direcionado levando em consideração os impactos provocados, na busca por um ampliar os impactos positivos e minimizar os negativos de acordo com os princípios da sustentabilidade.

Para isso, nosso país é contemplado com vários dispositivos que regem a questão da sustentabilidade e entre eles se destaca a Lei de Política Nacional de Resíduos Sólidos (em suas diretrizes a Logística Reversa), com escopo de reger a responsabilidade compartilhada dos produtores e consumidores pelo ciclo de vida dos produtos, bem como a produção e o consumo pautados na sustentabilidade.

Ainda como proposta a reduzir os impactos trazidos pela obsolescência programada, a teoria *Cradle to Cradle*, ou berço ao berço, traz um método de produção inteligente e sem desperdícios em que o fim da vida útil de um determinado produto represente o recomeço pela criação de um produto novo e ainda melhor.

Portanto, será necessário tecer algumas considerações iniciais sobre o que é a obsolescência programada, ressaltando a garantia do direito ao consumo assim como as possíveis violações e as políticas de enfretamento aos impactos causados ao meio ambiente.

Nesse ínterim, para dar início às discussões deste trabalho e ter uma melhor compreensão do tema, é importante primeiramente levantar algumas questões preliminares.

2 OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA, A PARTIR DO DOCUMENTÁRIO “A CONSPIRAÇÃO DA LÂMPADA”: CONCEITO E CONTEXTO HISTÓRICO

Hodiernamente, pode-se dizer que a sociedade é vitimada pela existência da obsolescência programada considerada a força motriz de toda a sociedade de consumo. Ocorre que a lógica perversa se reveste na necessidade de consumir, imposta às pessoas com a justificativa elucidativa de que a economia não vai crescer.

Numa análise etimológica e literal, obsoleto é tudo aquilo que caiu em desuso, e programar é fazer o planejamento de algo (FERREIRA, 2014). Dessa forma, a obsolescência programa pode ser explicada como sendo uma forma de programação de ato a ser tornar obsoleto. Em que pese a explicação ser simplificada, tal prática tem um escopo de investir no consumidor um desejo de buscar algo novo mais rapidamente, ou seja, antes do necessário.

Latouche (2012, p.30) afirma que:

São necessários três ingredientes para que a sociedade de consumo possa prosseguir o seu circuito diabólico: a publicidade, que cria o desejo de consumidor, o crédito, que lhe fornece os meios, e a obsolescência acelerada e programada dos produtos que renova a sua necessidade.

Essa ideia é altamente corroborada com as reflexões de Bauman (2008, p.31):

Afinal de contas, nos mercados de consumidores-mercadorias, a necessidade de substituir objetos de consumo defasados está inscrita no design dos produtos e nas campanhas publicitárias calculadas para o crescimento constante das vendas. A curta expectativa de vida de um produto na prática e na utilidade proclamada está incluída na estratégia de marketing e no cálculo de lucros: tende a ser preconcebida, prescrita e instilada nas práticas dos consumidores mediante a apoteose das novas ofertas (de hoje) e a difamação das antigas (de ontem).

Neste diapasão, o documentário *The Light Bulb Conspiracy* (A conspiração da lâmpada), de Dannoritzer (2011), com o título em português “Comprar, Jogar fora, Comprar”, conta a história da obsolescência programada evidenciando a potencial prática da sociedade de consumo, que surge em meados de 1930 quando fabricantes desenvolveram a ideia de diminuir a vida útil dos equipamentos como forma de acelerar as vendas.

O documentário inicia suas interpelações desenvolvendo a situação vivida pelo consumidor Marcos, que vive em Barcelona na Espanha e está com sua impressora a jato de tinta quebrada. Ciente da ocorrência, busca o conserto e é informado que os custos são altos, sendo dada como alternativa a substituição por outra nova.

Diante disso, insatisfeito com a alternativa, o consumidor Espanhol encontra, na rede mundial de computadores, pessoas que relatam experiências idênticas à sua, as quais evidenciam a prática da obsolescência programada. Não obstante, Marcos encontra uma homepage que denuncia empresas fabricantes de impressoras que instalam um microchip que limita uma quantidade de páginas impressas e, por conseguinte, faz a impressora parar de funcionar. A par de tal informação, Marcos efetua o desbloqueio do chip, troca a esponja que armazena o resíduo de tinta e verifica posteriormente que sua impressora volta a funcionar normalmente.

As empresas fabricantes de impressoras explicam tal acontecimento alegando que o microchip com o contador de páginas é um sistema instalado para evitar que a tinta se acumule na esponja após um determinado número de impressões e isso venha a manchar a mesa do usuário, dessa forma a impressora é programada para deixar de funcionar quando o depósito está cheio.

Por outro lado, isso não foi verificado, uma vez que foi demonstrado que a instalação de um *software* e troca da esponja foi suficiente para a impressora de Marcos voltar a funcionar nas mesmas condições anteriores.

Notadamente a experiência acima se reflete no que descreve Latouche (2012, pg. 33):

Com a obsolescência programada, a sociedade do crescimento tem em seu poder a arma absoluta do consumismo. No termo de períodos cada vez mais curtos, os aparelhos e os equipamentos, desde as lâmpadas elétricas aos óculos, deixam de funcionar devido a uma avaria prevista num dos seus elementos. É impossível encontrar uma peça de substituição ou um técnico que o repare. Ainda que pudéssemos deitar mão a essa ave rara, a reparação acabaria por ser mais cara do que comprar um aparelho novo (pois são atualmente fabricados a preços reduzidos devido às miseráveis condições de trabalho do Sudeste Asiático).

Nessas condições, a obsolescência ganha corpo e alma no cenário da sociedade de consumo e vai produzindo seus efeitos pautada na ideia de crescimento, sem muitas vezes ser necessário e providencial.

Na sociedade do consumo, o papel do consumidor se resume a pedir crédito para comprar objetos de que não precisa, pois essa sociedade está dominada por uma lógica de crescimento, que não está para satisfazer as necessidades, mas sim crescer por crescer (LATOUCHE, 2012).

Na sociedade de consumo, as estratégias publicitárias e a obsolescência planejada mantêm os consumidores presos em uma espécie de armadilha silenciosa, num modelo de crescimento econômico pautado na aceleração do ciclo de acumulação do capital (produção-consumo-mais-produção) (MENDES, 2014).

De acordo com o documentário “A conspiração da lâmpada”, a história da obsolescência programada desaponta em meados dos anos 20 (vinte), quando os fabricantes de lâmpadas diminuíram a vida útil dos produtos para 1.000 horas, objetivando aumentar o número de vendas, uma vez que a qualidade dos produtos decresceu consideravelmente.

O documentário conta que, em 1972, foi descoberto que, no prédio do corpo de bombeiros da cidade de Livermore, Califórnia, Estados Unidos, está instalada a lâmpada mais velha do mundo, isso porque uma lâmpada que foi fabricada em 1895 está funcionando ininterruptamente desde 1901. Mais adiante, revela-se que foi criado o primeiro cartel do mundo “*Phoebus*”,

com o enfoque de conduzir o consumidor a comprar lâmpadas com regularidade, isso porque elas passariam a ter uma vida útil reduzida, com vistas a um desempenho econômico.

Ao passo que a indústria encontrava os efeitos da obsolescência programada, ou seja, crescente número de vendas e nos lucros, a durabilidade das lâmpadas diminuía gradativamente, em apenas dois anos passou de 2.500 horas para menos de 1.500. Dessa forma, nos anos de 1940, o cartel atingiu seu escopo principal e as lâmpadas comercializadas eram deliberadamente anunciadas com apenas 1.000 horas de duração.

A obsolescência programada surgia no cenário da revolução industrial onde tinha um crescente número de máquinas produzindo infinitamente produtos com a durabilidade cada vez menor, como forma de impulsionar o consumo.

A ideia da obsolescência programada foi amplamente discutida a partir de 1929, com a queda do consumo desencadeada pela grande crise econômica experimentada nos EUA. Isso porque Bernard London, empresário do setor imobiliário estadunidense, escreveu o livro *The New Prosperity*, no qual ele firmava que a saída da crise financeira era tornar obrigatória a obsolescência programada. Bernard London defendia publicamente que todos os produtos deveriam ter uma vida útil limitada, pois ele acreditava que a baixa durabilidade dos produtos faria a máquina do consumo girar naturalmente, com empresas produzindo, gente trabalhando e consumindo.

Nesse prisma, o desejo de consumo impulsiona a comprar algo apenas para satisfação e não por necessidade, design e marketing incentivavam esse consumo, tornando essa a base da sociedade de consumo atual.

Neste sentido, Bauman (2008, p.31) aduz:

Entre as maneiras com que o consumidor enfrenta a insatisfação, a principal é descartar os objetos que a causam. A sociedade de consumidores desvaloriza a durabilidade, igualando “velho” a “defasado”, impróprio para continuar sendo utilizado e destinado à lata de lixo. É pela alta taxa de desperdício, e pela decrescente distância temporal entre o brotar e o murchar do desejo, que o fetichismo da subjetividade se mantém vivo e digno de crédito, apesar de interminável série de desapontamentos que ele causa. A sociedade de consumidores é impensável sem uma florescente indústria de remoção do lixo. Não se espera dos consumidores que jurem lealdade aos objetos que obtêm com a intenção de consumir.

Liberdade e felicidade por meio do consumo ilimitado era o estilo de vida do americano de 1950 e que se tornou a base da sociedade de consumo atual, a qual “é orientada pela sedução, por desejos sempre crescentes e quererem voláteis” (BAUMAN, 2001, 56).

É oportuno verificar que caberiam análises, ponderações e diálogos a partir do documentário, e não haveria limites para tratá-los aqui. Porém, gostaríamos de levantar alguns pontos constitutivamente críticos a respeito das causas da obsolescência programada e as possíveis soluções para freá-la.

3 A TEORIA DO DECRESCIMENTO: DECRESCIMENTO OU UM NOVO TIPO DE CRESCIMENTO?

É necessário um olhar reflexivo acerca dos discursos trazidos pelos teóricos da teoria do decrescimento, e se fazer uma distinção conceitual entre crescimento econômico e desenvolvimento.

Sobre o crescimento econômico, aduz Samagaio (1999, p.103-146):

O crescimento econômico é apenas uma das variáveis do desenvolvimento. No entanto, os índices quantitativos do crescimento econômico foram e continuam sendo desejados como indicadores universais, ou seja, como meio objetivo de comparação entre diferentes realidades.

Um dos teóricos do desenvolvimento e crítico da teoria econômica ortodoxa, ao mesmo tempo em que não identifica os indicadores econômicos com o desenvolvimento, também não descarta esses indicadores como meios de expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade. Trabalha com a ideia de que essas liberdades substantivas (que não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais) dependem de outros fatores determinantes, como as disposições sociais e econômicas e os direitos civis (SEN, 2000.)

Segundo o autor Sem (2000, p. 77):

[...] convém fazer, antes de qualquer coisa, uma distinção entre crescimento e desenvolvimento. O crescimento remete ao aumento quantitativo da produção material, medido pelo Produto Nacional Bruto e é, evidentemente, essencial ao desenvolvimento (em particular com o crescimento da população). Mas o desenvolvimento remete a um processo muito mais rico, complexo e multidimensional, em que a economia é apenas um dos componentes.

Porquanto é muito coerente que, enquanto muitos defendem o “*décroissance*”, com justas e adequadas motivações, condenando para tanto o consumo como fator essencial; para muitos (exclusivamente aqueles que não atingiram condições mínimas de existência e necessitam do crescimento econômico para atingi-la), fica incoerente o discurso de um decrescimento, amplamente difundido.

Nesse viés, destaca Harribey (2005, p. 79): “O economista Jean-Marie Harribey também critica a tese em questão, advertindo que no plano político não é justo colocar na mesma ordem o decrescimento para os que “vivem na abundância e os que estão privados do essencial”.

A lógica defendida por Harribey (2005, p. 80) se traduz na necessidade que as populações desprovidas de escola, saúde, saneamento, urbanização e etc. necessitam de um período de crescimento econômico com vistas a garantir a satisfação das necessidades básicas de existência humana. Por outro lado, aos países ricos convém destacar as políticas que assegurariam um decrescimento progressivo do crescimento econômico, provocando uma desaceleração organizada e orientada de transformações nos processos de produção.

Na verdade, essa desaceleração seria uma redefinição do crescimento pautada numa economia sistematicamente orientada, almejando a qualidade de serviços e produtos em uma distribuição primária de lucros mais justa e igualitária.

O que se busca não é erradicação do crescimento, mas sim o questionamento: que crescimento, e para quem?

Portanto, o que se busca é um desenvolvimento cada vez mais independente do crescimento econômico e da quantidade de produtos colocados à disposição da sociedade, para fim de atingir uma melhor qualidade de vida. Não podendo confundir qualidade de vida com quantidade, como

defendem os teóricos do capitalismo em seu modelo de desenvolvimento. Porque a dimensão do que se busca é o desestímulo do consumismo e o combate à obsolescência programada.

4 UMA ANÁLISE SOBRE O CONSUMO, CONSUMISMO E SATISFAÇÃO DAS NECESSIDADES REAIS

Ao iniciar o processo de conhecimento sobre o instituto da obsolescência programada, verificou-se que esta advinha do processo de alto consumo incrementado pelas empresas como forma de aumentar o número de vendas e lucros, gerando um consumismo inoportuno na sociedade. Bauman (2008, p. 37) enaltece a indubitável importância do consumo para a sobrevivência biológica, e por isso traz a distinção entre consumo e consumismo:

Aparentemente o consumo é algo banal, até mesmo trivial. É uma atividade que fazemos todos os dias. Se reduzido à forma arquetípica do ciclo metabólico de ingestão, digestão e excreção, o consumo é uma condição, e um aspecto, permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica que nós humanos compartilhamos com todos os outros organismos vivos. [...] Já o consumismo, em aguda oposição às formas de vida precedentes, associa a felicidade não tanto à satisfação de necessidades (como suas “versões oficiais” tendem a deixar implícito), mas a um volume e uma intensidade de desejo sempre crescentes, o que por sua vez implica o uso imediato e a rápida substituição dos objetos destinados a satisfazê-la.

Notadamente, é importante verificar que tal distinção estabelece relação com a satisfação das necessidades reais da sociedade de consumo. O que por um lado é necessário e indispensável ao bem-estar humano, e o que se revela como desejo crescente pelo novo e atual.

A palavra de ordem é “necessidade”, quando se trata de discutir as diferentes concepções ligadas ao conceito de desenvolvimento. Frequentemente, essas posições direcionam, ao definir como o principal objetivo do desenvolvimento o de atender às necessidades humana, quando se trata de “desenvolvimento sustentável”, às necessidades das presentes e futuras gerações – o que implica outra concepção de desenvolvimento, ou outro projeto para assegurar o direito ao desenvolvimento –, baseadas na solidariedade e responsabilidade entre as atuais e futuras gerações.

5 OS REFLEXOS NO DIREITO AO CONSUMO E AO DESENVOLVIMENTO

Embora ultrapassadas as reflexões acerca de crescimento e desenvolvimento, convém enaltecer o ponto de vista jurídico acerca do instituto do Desenvolvimento insculpido na Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento, de 04 de dezembro de 1986. A declaração inaugura seus propósitos reconhecendo que o “desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes”, diante disso percebe-se o caráter abrangente do desenvolvimento, incrementando valores que não se limitam à esfera econômica, mas que se dimensionam na atmosfera social, política, econômica e cultural, a fim de se atingir o bem-estar da sociedade.

A Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento sobre o Direito ao Desenvolvimento (BRASIL, 1986) assim define:

O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

De qualquer sorte, verifica-se que o mesmo caráter dimensional a respeito do conceito de desenvolvimento é trazido também com relação ao direito ao desenvolvimento, um caráter pluridimensional se revela de forma interdependente, relacionando-se com outros direitos: a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e ao desenvolvimento político, além do que as outras liberdades fundamentais.

Por outro lado, a consagração como instituto através da Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento não revela que o processo de elaboração do direito ao desenvolvimento tenha concluído. Muito pelo contrário, esse processo continua e vai dando contorno a novas qualificações, entre elas a mais significativa é o desenvolvimento sustentável. Tão valorativa, porque a questão do desenvolvimento se coaduna com a questão da sustentabilidade, o que fora confirmado por Burstyn e Fonseca (2009): “não existe desenvolvimento se ele não for sustentável”.

Na esfera jurídica, a questão da “sustentabilidade” atinge seu alcance amplo como variável ambiental tendente à consagração do direito ao desenvolvimento sustentável, através da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992: “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”. “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste” (BRASIL, 2014).

Nessa abordagem, o desenvolvimento sustentável é composto pelas dimensões econômica, ambiental e empresarial. “O objetivo é obter crescimento econômico por meio da preservação do meio ambiente e pelo respeito aos anseios dos diversos agentes sociais, contribuindo assim para a melhoria da qualidade de vida da sociedade” (TENÓRIO; NASCIMENTO, 2004, p. 25).

Para Mendes (2014), o Desenvolvimento Sustentável tem seis aspectos prioritários que devem ser entendidos como metas:

- a) A satisfação das necessidades básicas da população (educação, alimentação, saúde, lazer, etc.);
- b) A solidariedade para com as gerações futuras (preservar o ambiente de modo que elas tenham chance de viver);
- c) A participação da população envolvida (todos devem se conscientizar da necessidade de conservar o ambiente e cada um a parte que lhe cabe para tal);
- d) A preservação dos recursos naturais (água, oxigênio, etc.);
- e) A elaboração de um sistema social garantindo emprego, segurança social e respeito a outras culturas (erradicação da miséria, do preconceito e do massacre de populações oprimidas, como os índios);
- f) A efetivação dos programas educativos.

Portanto, a noção de sustentabilidade se apresenta como uma forma de preservação da ordem estabelecida impedindo discordâncias frente ao propósito de um “futuro comum” (mas dentro da lógica do capital), legitimando a posse dos recursos naturais.

A questão do consumo está diretamente ligada ao meio ambiente e, por assim ser, a empresas. Não se deve afastar um do outro, pois os impactos negativos dessa atitude afetam as gerações presentes e futuras. A obsolescência é um dos impactos negativos de tal descompasso, pois acaba por violar direitos do consumidor e simultaneamente por gerar o consumismo, acarretando também grande produção de lixo.

Milaré (2011, p. 99) trata do tema com acentuada atenção:

Tanto a proteção do meio ambiente como a proteção do consumidor são princípios da ordem econômica, nos termos da Constituição Federal de 1988. Isso quer dizer que, no plano constitucional, as duas esferas de preocupação (meio ambiente e consumidor) estão igualmente situadas, e funcionam como limites à livre iniciativa, uma vez que a ordem econômica se direciona para a ordem social, como afirmam os requisitos jurídicos e o ordenamento econômico-social a partir da Carta Magna.

Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro confere proteção tanto ao meio ambiente quanto ao direito ao consumo.

Na esfera do Direito do Consumidor, a Lei nº 8.078/1990 regulamenta matéria sobre Política Nacional de Relações de Consumo.

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

- I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
- II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:
 - a) por iniciativa direta;
 - b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
 - c) pela presença do Estado no mercado de consumo;
 - d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.
- III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;
- IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;
- V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;
- VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;
- VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;
- VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Oportunamente, o que se vislumbra no cenário da sociedade de consumo é que a prática da obsolescência programada atinge o direito ao consumidor uma vez que reflete na ordem econômica e inevitavelmente a ordem social.

Quando se refere a direitos e interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, não se dicotomiza em público ou privado, pois os interesses superam essa divisão e objetivam precipuamente a dignidade da pessoa humana (NUNES, 2012).

A obsolescência programada requer um estudo sobre o ciclo de vida útil dos produtos, uma vez que se questiona sobre o entendimento acerca do conceito de durabilidade.

Para isto, o Legislador destacou no Código de Defesa do Consumidor:

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:
I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;
II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.
§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.
§ 2º Obstat a decadência:
I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;
II - ~~(Vetado)~~.
III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.
§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

Nunes (2012, p. 141), diz que um produto durável é aquele que não se extingue com o uso. Ele dura e leva tempo para se desgastar. O que nos faz entender que nenhum produto é eterno, e com o decorrer do tempo ele vai se desgastando naturalmente.

Ao interpretar o art. 26, § 3º, entende-se que um produto quando alterado para que sua durabilidade seja atingida, trata de vício oculto, e conseqüentemente o consumidor estará amparado pela legislação supra.

O STJ se pronunciou sobre a matéria com o julgamento do RECURSO ESPECIAL Nº 984.106-SC (2007/0207915-3), e a Quarta Turma decidiu:

Ademais, independentemente de prazo contratual de garantia, a venda de um bem tido por durável com vida útil inferior que legitimamente se esperava, além de configurar um defeito de adequação (art. 18 do CDC), evidencia uma quebra da boa-fé objetiva, que deve nortear as relações contratuais, sejam de consumo, sejam de direito comum. Constitui, em outras palavras, descumprimento do dever de informação e a não realização do próprio objeto do contrato, que era a compra de um bem cujo ciclo vital se esperava, de forma legítima e razoável, fosse mais longo.

De acordo com o acórdão veiculado no sítio do STJ, o fornecedor do produto alegava que o defeito havia surgido após a expiração do prazo de garantia do produto e o problema apresentado decorria da natureza do bem que deveria ser considerado com desgaste natural.

Entretanto, ficou demonstrado no início do processo que a durabilidade do produto, de acordo com as normas técnicas, era três vezes maior que aquela definida pelo fabricante.

Nesse caso, o Tribunal reconheceu se tratar de um típico caso de obsolescência programada:

Ressalte-se, também, que desde a década de 20 - e hoje, mais do que nunca, em razão de uma sociedade massificada e consumista -, tem-se falado em obsolescência programada, consistente na redução artificial da durabilidade de produtos ou do ciclo de vida de seus componentes, para que seja forçada a recompra prematura.

Ainda destaca o ministro relator Luís Felipe Salomão:

Porém, em se tratando de vício oculto não decorrente do desgaste natural gerado pela fruição originária do produto, mas de própria fabricação, e relativo ao projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, o prazo para reclamar pela reparação se inicia no momento em que ficar evidenciado o defeito, não obstante tenha isso ocorrido depois de expirado o prazo contratual de garantia, devendo ter-se sempre em vista o critério da vida útil do bem, que se pretende seja ele “durável”.

A doutrina consumerista - sem desconsiderar a existência de entendimento contrário, como antes citado - tem entendido que o Código de Defesa do Consumidor, no § 3º do art. 26, no que concerne à disciplina do vício oculto, adotou o critério da vida útil do bem, e não o critério da garantia, podendo o fornecedor se responsabilizar pelo vício em um espaço largo de tempo, mesmo depois de expirada a garantia contratual.

A decisão em comento reflete os reflexos e violações trazidas pela obsolescência nas relações de direito ao consumidor, assim como o reconhecimento de sua vulnerabilidade, fazendo com que as pessoas estejam a mercê da tecnologia, a serviço do capital e não na concretização da satisfação das necessidades reais da coletividade.

6 UMA PALAVRA SOBRE A LEI DE RESÍDUOS SÓLIDOS

O estudo da obsolescência programada traz contornos sobre o consumo sustentável, uma vez entendendo que o consumidor não pode de maneira alguma deixar de ser praticar o consumo por toda a população. O consumo consciente se torna efetivo ao serem levados em consideração os impactos provocados, na busca por um ampliar os impactos positivos e minimizar os negativos de acordo com os princípios da sustentabilidade. Dessa forma, torna-se possível um olhar com mais altivez direcionando as características de consumo, numa ideia crescente da busca pelo desenvolvimento sustentável.

O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) assim define consumo sustentável:

Fornecimento de serviços e produtos que atendam as necessidades básicas, proporcionando uma melhor qualidade de vida enquanto minimizam o uso de recursos naturais e materiais tóxicos como também a produção de resíduos e a emissão de poluentes no ciclo de vida do serviço ou do produto, tendo em vista não colocar em risco as necessidades das futuras gerações.

É possível perceber, cada vez mais, a necessidade de se realizar o estabelecimento de um novo modelo de consumo que venha substituir a prática insustentável atual e que seja aceitável para toda a população trazendo melhores condições de vida, de forma abrangente e favorável para a continuação dos vários atores sociais no planeta (PNUMA, 2001).

Dessa forma, pode-se definir o consumo sustentável como sendo o padrão de consumo resultante da inter-relação de atores sociais, numa perspectiva de interação política, direcionada ao alcance do desenvolvimento sustentável, pressupondo a existência de uma consciência individual (ao considerar o indivíduo como cidadão), de um alinhamento organizacional direcionado aos aspectos socioambientais, por uma atuação governamental ativa, bem como de outros atores pertencentes ao contexto social, por meio da coordenação das práticas e relações existentes na dinâmica do consumo sustentável (SILVA, 2012).

Nesse contexto, o nosso país reproduziu uma série de dispositivos que contemplaram o estudo do consumo sustentável. Entre eles, o de maior destaque é pautado no consumo da produção sustentável: a lei que institui a Política Nacional dos Resíduos Sólidos, prevendo uma gama de medidas regulamentadoras com o escopo de reger a responsabilidade compartilhada dos produtores e consumidores pelo ciclo de vida dos produtos, bem como a produção e o consumo pautados na sustentabilidade (SILVA, 2012).

Em 02 de agosto de 2010, foi instituída a lei 12.305 que estabelece a Política Nacional de Resíduos Sólidos, alterando a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, com intuito de regulamentar diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos, gerando responsabilidades de seus respectivos produtores, bem como do próprio poder público, conforme dispõe o art. 1º da referida lei:

Art. 1º Esta Lei institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, dispondo sobre seus princípios, objetivos e instrumentos, bem como sobre as diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos, incluídos os perigosos, às responsabilidades dos geradores e do poder público e aos instrumentos econômicos aplicáveis.

§ 1º Estão sujeitas à observância desta Lei as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, responsáveis, direta ou indiretamente, pela geração de resíduos sólidos e as que desenvolvam ações relacionadas à gestão integrada ou ao gerenciamento de resíduos sólidos.

§ 2º Esta Lei não se aplica aos rejeitos radioativos, que são regulados por legislação específica.

A Lei nº 12.305/10 prevê a prevenção e a redução na geração de resíduos, tendo como proposta a prática de hábitos de consumo sustentável e um conjunto de instrumentos para propiciar o aumento da reciclagem e da reutilização dos resíduos sólidos (aquilo que tem valor econômico e pode ser reciclado ou reaproveitado) e a destinação ambientalmente adequada dos rejeitos (aquilo que não pode ser reciclado ou reutilizado). A seguinte lei discorre sobre seus princípios:

Art. 6º São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

I - a prevenção e a precaução;

II - o poluidor-pagador e o protetor-recebedor;

III - a visão sistêmica, na gestão dos resíduos sólidos, que considere as variáveis ambiental, social, cultural, econômica, tecnológica e de saúde pública;

IV - o desenvolvimento sustentável;

- V - a ecoeficiência, mediante a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e tragam qualidade de vida e a redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta;
- VI - a cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o setor empresarial e demais segmentos da sociedade;
- VII - a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos;
- VIII - o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania;
- IX - o respeito às diversidades locais e regionais;
- X - o direito da sociedade à informação e ao controle social;
- XI - a razoabilidade e a proporcionalidade (BRASIL, 2014).

Diante disso, verifica-se que a referida lei tem por escopo instituir uma responsabilidade compartilhada dos geradores de resíduos, as empresas fabricantes, os importadores, exportadores, os comerciantes e, até mesmo cada cidadão, além dos titulares de serviços de manejo dos resíduos sólidos urbanos na Logística Reversa dos resíduos e embalagens pré-consumo e pós-consumo.

Neste sentido, a lei assim acrescenta:

Art. 7º São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

- I - proteção da saúde pública e da qualidade ambiental;
- II - não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, bem como disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos;
- III - estímulo à adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços;
- IV - adoção, desenvolvimento e aprimoramento de tecnologias limpas como forma de minimizar impactos ambientais;
- V - redução do volume e da periculosidade dos resíduos perigosos;
- VI - incentivo à indústria da reciclagem, tendo em vista fomentar o uso de matérias-primas e insumos derivados de materiais recicláveis e reciclados;
- VII - gestão integrada de resíduos sólidos;
- VIII - articulação entre as diferentes esferas do poder público, e destas com o setor empresarial, com vistas à cooperação técnica e financeira para a gestão integrada de resíduos sólidos;
- IX - capacitação técnica continuada na área de resíduos sólidos;
- X - regularidade, continuidade, funcionalidade e universalização da prestação dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, com adoção de mecanismos gerenciais e econômicos que assegurem a recuperação dos custos dos serviços prestados, como forma de garantir sua sustentabilidade operacional e financeira, observada a Lei nº 11.445, de 2007;
- XI - prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para:
 - a) produtos reciclados e recicláveis;
 - b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis;
- XII - integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos;
- XIII - estímulo à implementação da avaliação do ciclo de vida do produto;
- XIV - incentivo ao desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos sólidos, incluídos a recuperação e o aproveitamento energético;
- XV - estímulo à rotulagem ambiental e ao consumo sustentável.

7 LOGÍSTICA REVERSA: UMA ABORDAGEM DE COMBATE À OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA

Dentre as inúmeras diretrizes trabalhadas pela Lei Nacional de Resíduos Sólidos (BRASIL, 2010), pode-se destacar a Logística Reversa, que nos termos do art. 3º, inciso XII, dispõe:

(...) instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada.

Assim, a lei infere uma responsabilidade pós-consumo dos produtores de resíduos sólidos, um instrumento mediador em que se acredita ser aplicável no plano da eficácia alcançando a outros produtos ainda não constantes na lei, podendo minimizar os impactos trazidos pela obsolescência programada, a fim de se ter uma concepção de produtos com o ciclo de vida mais longo.

Partindo dos pressupostos que se torna cada vez mais difícil viabilizar um modelo de desenvolvimento diferente do atual, utilizamos “minimizar” apenas como efeito paliativo que pode ser trazido do campo jurídico (através de lei e princípios, como a lei nacional de resíduos sólidos) e também pelo campo político (através de uma gestão e planejamento de ações que alcancem implementar e tornar válidas essas normas e princípios), almejando a mitigação do problema da obsolescência programada, bem como do próprio descarte de resíduos sólidos.

Os avanços da lei no Brasil ainda são tímidos, porém apresentam resultados bastante positivos, é o que diz Canto (2014, p. 01):

Um estudo da Associação Brasileira de Limpeza Pública e Resíduos Especiais (Abrelpe) concluiu que, atualmente, 40% de todo o lixo produzido no Brasil ainda tem destinação inadequada. Só que esses números são bem mais interessantes que os 88% registrados em 1989, quando os nossos resíduos produzidos a cada dia tinham como destino lixões a céu aberto sem qualquer cuidado ou tratamento. Isso graças a chegada da Lei Nacional de Resíduos Sólidos mesmo com todos os problemas de cumprimento apresentados até aqui.

Portanto, lutar por um desenvolvimento e consumo sustentável no atual no modelo de consumo, vai muito mais além de comer orgânicos e andar de bicicleta, como dizem os franceses.

8 “CRADLE TO CRADLE”: DO BERÇO AO BERÇO UM MODELO PRODUTIVO

De outra parte, ainda no enfoque de viabilizar mecanismos para minimizar os impactos trazidos pela obsolescência programada, embora pouco elucidativo o conceito *cradle to cradle*, ou berço ao berço, foi desenvolvido pelo arquiteto americano William McDonough e pelo químico alemão Michael Braungart com o escopo de preconizar uma nova relação entre consumo e produção, sem geração de resíduos sólidos e sem provocar danos ambientais.

A ideia é bastante revolucionária e se baseia na própria natureza que, em seus processos naturais de não existir o conceito de resíduo (lixo), pois um fim de ciclo de vida é início de um novo, dessa forma todo material descartado é sempre aproveitado pelo próprio meio.

Cradle to Cradle é um conceito que inspira a inovação para criar um sistema produtivo circular “do berço ao berço”, no qual não existe o conceito de lixo, tudo é nutriente para um novo ciclo, e resíduos são de fato nutrientes que circulam em ciclos contínuos (EPEA, 2014).

Neste contexto Herzort (2014) ressalta que o livro *Cradle-to-Cradle* defende que se deve adotar um novo meio de produção e consumo baseados na ecoeficácia: geração de resíduos, emissões e pegada ecológica = ZERO. Deve ser seguido o exemplo da natureza que produz tudo do que precisa e transforma tudo o que foi descartado sem gerar resíduos tóxicos nocivos ao ambiente, sem contaminar o ar, as águas e o solo. Ao contrário: purifica, aduba, enriquece, protege.

A ideia propõe uma produção pautada com foco na sua reciclagem, de modo que os produtos fabricados sejam totalmente reaproveitados.

Acrescenta Herzort (2014), em vez de produzir um eletrodoméstico, como uma TV, o aparelho deveria ser fabricado com o foco em sua reciclagem. Os elementos tecnológicos (sintéticos) e os biológicos (naturais) separados para que pudessem ser totalmente reaproveitados. O aparelho poderia ser alugado, e, quando o cliente quisesse trocar por um mais avançado, pagaria pela diferença tecnológica, sem contar o material para produzir a TV. Seria como pagar pelo serviço prestado pelo equipamento, não pelo *hardware* em si, que não acabaria em um aterro sanitário. Os recursos utilizados seriam reaproveitados infinitamente sem perda de qualidade.

O que se busca é a ecoeficiência como modelo de estratégia que as grandes empresas utilizam para enfrentar os grandes problemas que acentuam a degradação ambiental.

É importante perceber que a proposta do *Cradle to Cradle* não é reduzir o fluxo produtivo ou o uso de materiais, e sim redesenhar esse processo e os hábitos de consumo tais como eles existem hoje.

Portanto, o escopo é estimular um método de produção inteligente e sem desperdícios em que o fim da vida útil de um determinado produto represente o recomeço pela criação de um produto novo e ainda melhor (DIAS, 2014).

Com essas considerações, crê-se absolutamente clara a necessidade de se aperfeiçoar a eficácia da Lei Nacional de Política de Resíduos Sólidos, tão quanto se aprimorar a metodologia *Cradle to Cradle* já empregada em diversas empresas ao redor do mundo a fim de erradicar os impactos trazidos pela obsolescência programada, viabilizando o desenvolvimento sustentável e um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não restam dúvidas de que a obsolescência programada, tema central do documentário “A conspiração da lâmpada”, destaca o consumismo como sua face aparente, tudo resultado de uma concepção de desenvolvimento, pautada no crescimento econômico em que a quantidade voa mais alto do que a qualidade, e a satisfação das necessidades reais são ultrapassadas por um modelo no qual o lucro cria apenas necessidades de produzir e produzir.

Diante dos estudos realizados e comentados acima, percebe-se que, para romper essa lógica, atitudes individuais ecologicamente corretas por mais importantes e necessárias que

sejam, não bastam para, por si só, diminuir os impactos trazidos ao meio ambiente. Para garantir a sustentabilidade desejada, são necessárias políticas sistematicamente orientadas ao desenvolvimento sustentável.

De outra parte, pregar a teoria do decrescimento como solução aos impactos trazidos pela obsolescência é restringir direitos ainda não conquistados por uma parte da população mundial que não atingiu patamares mínimos de existência, garantidos pela Declaração de Desenvolvimento de 1948 e pela Rio 92.

Buscar um maior equilíbrio do econômico-social-ambiental é batalha a ser travada dentro do capitalismo porque defendemos a ideia de que “desenvolvimento sustentável é um conceito em disputa”. Mas é uma disputa que deve ser travada no cotidiano, vislumbrando um horizonte para além do capitalismo, isso porque desenvolvimento humano e social e respeito ao meio ambiente são incompatíveis com o capitalismo.

Por fim, o estudo em questão deseja que as políticas de combate à obsolescência sejam orientadas no plano da eficácia, como forma de viabilizar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial a uma sadia qualidade de vida, para que, assim, as gerações presentes e futuras possam desfrutar de uma vida minimamente digna.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Resolução n.º 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1986. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>> acesso em 18/10/2014> Acesso em: 21 out. 2014.

_____. Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos: altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm> Acesso em: 21 out. 2014.

_____. Lei nº 8.079, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em: 21 out. 2014.

_____. Ministério do Meio Ambiente: declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>> Acesso em: 21 out. 2014.

BURSTYN, Marcel; FONSECA, Igor Ferraz da. A banalização da sustentabilidade: reflexões sobre governança ambiental em escala local. **Sociedade e Estado**, Brasília, v.24, n.1, p.17-46, jan/abr. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v24n1/a03v24n1>> Acesso em: 14 out. 2014.

CANTO, Reinaldo. Lei de resíduos sólidos não foi cumprida. E agora? **Carta Capital: sustentabilidade**, 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sustentabilidade/lei-de-residuos-solidos-nao-foi-cumprida-e-agora-2697.html>> Acesso em: 22 out. 2014.

COMPRAR, TIRAR, COMPRAR - La historia secreta de la Obsolescencia Programada. Direção de Cosima Dannoritzer. Espanha-França: Arte France, Televisión Española y Televisión de Catalunya. 2011. Documentário. 52 min. Acesso em 14 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=nwoqfjWcwPs>> Acesso em: 21 out. 2014.

DIAS, Cristiane. De berço a berço rumo a um futuro sem resíduos. **Siemens Revista on line**, 2012. Disponível em: <<http://www.respostassustentaveis.com.br/blog/de-berco-a-berco-rumo-a-um-futuro-sem-residuos/>> Acesso em: 22 out. 2014.

EPEA. Conceito “do berço ao berço”: um novo paradigma para a indústria. **Blog post- EPEA Brasil**. Disponível em: <http://www.epeabrasil.com/?page_id=23> Acesso em: 22 out. 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa.. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/>> Acesso em: 21 out. 2014.

HARRIBEY, Jean-Marie. Faut-il renoncer au développement? *In: Manière - Le Monde Diplomatique*, n. 81, p. 76-81, Juin-juillet, 2005.

HERZOG, Cecilia. Cradle-to-Cradle- Remaking the way we make things. (Do berço ao berço- refazendo o jeito que fazemos as coisas). Resumo de livros e outras publicações. **Blog post**. Disponível em: <<http://ceciliaherzog.wordpress.com/resumo-de-livros/>> Acesso em: 26 out. 2014.

LATOUCHE, Serge. **O pequeno tratado do decrescimento sereno**. reimp. Lisboa: Edições, 2012.

MENDES, Marina Ceccato. **Desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <http://educar.sc.usp.br/biologia/textos/m_a_txt2.html>. Acesso em: 18 out. 2014.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente: A gestão ambiental em foco**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PNUMA. Programa das Nações Unidas Para o Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.pnuma.org.br/>> Acesso em: 21 out. 2014.

SAMAGAIIO, Florbela. Desenvolvimento: uma noção entre o imaginário ea realidade. *In: Revista Sociologia*, v. IX, 1999, Porto, Portugal.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA. Minelle Enéas da. Consumo sustentável: a articulação de um constructo sob a perspectiva do desenvolvimento sustentável. **Revista Eletrônica de Ciência Administrativa (RECADM)**. Disponível em: <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4126917.pdf> Acesso em: 21 out. 2014.

TENÓRIO, Fernando Guilherme; NASCIMENTO, Fabiano Christian Puccido; Fundação Getulio Vargas. **Responsabilidade social empresarial: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro (RJ): 2006 Ed. da FGV. Disponível em: <<http://www.rumosustentavel.com.br/desenvolvimento-sustentavel-e-crescimento-economico/>> Acesso em: 21 out. 2014.

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: UMA DISCUSSÃO ACERCA DA INEFETIVIDADE OPERANTE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Thaís Rebouças Cunha Dantas¹

Everton da Silva Rocha²

RESUMO

O presente artigo de revisão busca promover uma reflexão acerca da efetividade dos direitos protetivos à mulher, existentes nas leis e políticas públicas, através da exposição das problemáticas e representações sociais do feminino frente à sociedade e aos operadores do direito, analisando em paralelo a sobreposição dos ditames da moral ao direito, como ponto fundante da resistência à concretização dos referidos direitos.

Palavras-chave: Representação social da mulher. Violência contra a mulher. Políticas públicas. Direito. Moral.

VIOLENCE AGAINST WOMEN: A DISCUSSION ON THE LACK OF EFFECTIVENESS OF THE CURRENT PUBLIC POLICIES

ABSTRACT

This paper aims at reflecting about the effectiveness of women's protective rights that are in place by today's law and public policies, through the exposure of issues and social representation of women towards society and legal practitioners. It also analyzes the overlap of the dictates of moral over law, as an essential point for the resistance against the implementation of such rights.

Keywords: Social behavior of women. Violence against women. Public Policy. Law. Ethics.

1 INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher tem sido um tema bastante falado e discutido nas últimas décadas no Brasil, considerando alguns que grandes foram os avanços na legislação e medidas protetivas na área, galgando a mulher espaços antes inimagináveis, enquanto outros pensam que, apesar da implementação e do discurso a favor da mulher, na verdade ainda figuram velhas práticas e antigos conceitos, existindo considerável discrepância entre as previsões legais e a realidade fática.

Ocorre que apesar dos avanços conquistados pelas mulheres em nível legal e da formulação de diretrizes concatenadas aos anseios femininos, na realidade vigente ainda presenciamos altos índices de violência contra as mulheres, levando-nos a questionar a amplitude e efetividade desses direitos e práticas destinados ao combate a tal violência.

1 Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. Email: tha_rcunha@hotmail.com

2 Professor Doutor em Filosofia Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. Email: evertonrocha@unirn.edu.br

É diante desse contexto ambíguo que o presente artigo propõe-se a promover uma maior reflexão acerca das principais ações e estratégias utilizadas no âmbito da violência contra a mulher, com ênfase nas três fundamentais políticas de enfrentamento, quais sejam: a criação das Delegacias da Mulher, a publicação da lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 - responsável pela instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (JECRIM) e, por fim, a promulgação da lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, trazendo à tona algumas das problemáticas e limitações que perpassam essas práticas e discutindo ainda quanto a sua suficiência frente ao combate da violência contra a mulher.

Discorreremos ainda acerca do papel feminino na sociedade atual, abordando questões referentes à diferenciação de gêneros e a implicação daquele no desenvolvimento e efetivação das referidas políticas públicas, debatendo acerca dos motivos que levariam a mulher a ter a titularidade de direitos, por um lado, e o não usufruto ou a materialização destes, por outro.

Enquanto metodologia, utilizaremos a revisão bibliográfica, a qual se constitui como suporte teórico-conceitual para a análise da problemática a ser estudada, auxiliando-nos na construção de saberes e, em paralelo, a pesquisa documental, por intermédio da análise das leis nº 9.099/95 e nº 11.340/06.

Por fim, o presente artigo de revisão tem como objetivo a promoção de uma reflexão acerca da efetividade ou suficiência das práticas desenvolvidas a favor do combate da violência contra a mulher, utilizando-se para tal da apresentação de uma retrospectiva das principais medidas protetivas destinadas às mulheres no decorrer dos anos, expondo em paralelo as problemáticas e empecilhos à concretização real dos direitos femininos, através de uma análise do papel social da mulher e a relação deste com a sociedade e referidas políticas públicas.

2 UMA DEFINIÇÃO DE CONCEITOS

Ao adentrarmos na discussão referente à violência contra a mulher, devemos inicialmente compreender o contexto no qual ela está inserida, ou seja, o aparato sócio, histórico e cultural que perpassa a questão da violência e do feminino.

Nesse sentido, devemos refletir acerca do ser homem e do ser mulher, enquanto caracteres sociais aprendidos e incorporados, sob a forma de esquemas conscientes e inconscientes, de percepção e apreciação regidas em nossa sociedade por estruturas de dominação masculina.

Essa ideia de dominação masculina não é recente em nossa cultura de base ocidental, porém demonstra-se impregnada nas relações intersubjetivas até os dias atuais, demarcando a diferenciação entre homens e mulheres. Conforme destaca Bourdieu (2005), essa diferença entre “macho” e “fêmea” não se perfaz apenas no aspecto social, mas também no biológico, levando-o a expressar que:

a divisão entre os sexos parece estar na “ordem das coisas”, como se diz por vezes para falar do que é normal, natural, a ponto de ser inevitável: ela está presente, ao mesmo tempo, em estado objetivado nas coisas (na casa, por exemplo, cujas partes são todas sexuadas), em todo o mundo social e, em estado incorporado, nos corpos e nos *habitus* dos agentes, funcionando como sistemas de esquemas de percepção, de pensamento e de ação (BORDIEU, 2005, p. 17).

Ou seja, desde o início, partindo de uma concepção biológico-evolutiva, à mulher foi atribuído o papel maternal, de cuidadora da prole, em função do número limitado de filhos que podia gerar ao longo da vida, enquanto ao homem era concebido o papel de reprodutor ilimitado, instaurando desde então a ideia do homem dominador e da mulher dominada, do patriarcado absoluto e incontestado. Nesse sentido, a mera desigualdade na replicação do material genético fez com que se instaurassem processos de socialização, convivência e atribuições diferenciados entre homens e mulheres, ou as denominadas diferenças de gênero (HERMANN, 2012).

Ao adentrarmos na esfera de gênero, torna-se crucial, entretanto, o entendimento de que não nos remetemos mais apenas à esfera da diferenciação biológica entre os corpos, mas, conforme explana Pinsky (2009, p. 162), a ideia de gênero “remete à cultura, aponta para a construção social das diferenças sexuais, diz respeito às classificações sociais de masculino e de feminino”. Trata-se de uma questão relacionada à construção de um papel pela cultura e na sociedade, em determinado tempo e espaço e internalizada pelo processo de socialização (WHITAKER, 1997).

Dessa feita, podemos afirmar que a dominação da mulher pelo homem é histórica e social, apresentando-se sempre sob o poderio da autoridade masculina, seja na figura do pai, do marido, dos irmãos ou de outros perfis masculinos. Segundo Hermann (2012), é a partir desse sistema de dominação/exploração do homem sobre a mulher que nasce, inclusive, o termo patriarcado.

Essa dominação/exploração se perfaz uma vez que as construções de valores diferenciados implicam, em regra, em relações de poder, transformando as diferenças em desigualdades. Ou seja, conforme explana Lima (2010, p. 63),

desde pequenas, as crianças são ensinadas que homens e mulheres são diferentes e que a isso correspondem papéis e atribuições desiguais, pois são valorizadas de formas distintas. Esses papéis começam a se expressar desde a infância, na divisão de brincadeiras, e chegam a expressões de desigualdades muito maiores, nas quais os homens, por acreditarem que as mulheres são sua propriedade particular, têm o direito de dominá-las e maltratá-las.

Dessa forma, a dominação masculina atravessa o tempo, implantando com ela a naturalização da disparidade entre homens e mulheres, fazendo com que os padrões de dominação sejam apreendidos e perpassados entre as gerações. Cria-se assim uma legitimação para o poder masculino como algo natural, esquecendo-se que, na verdade, essa diferenciação se constitui como realidades socialmente construídas (FERNANDES, 2013).

Nesse sentido, podemos afirmar que as questões relacionadas à diferença quanto aos gêneros sociais envolve temas referentes à desigualdade e poder, à dominação e exploração, surgindo assim, em paralelo, um campo fértil para a violência.

Nesse diapasão, partindo para análise do termo violência, explicitamos que em sua etimologia o vocábulo deriva-se do latim “*violentia*”, que se remete aos termos *vis e violare*, significando respectivamente “força, emprego de força física, caráter violento ou bravo” e “tratar com brutalidade, desonrar, ultrajar”.

O conceito de violência, entretanto, apesar de interligado à etimologia de sua palavra, no sentido de força e violação, está sujeito a transformações sociais, históricas, culturais e jurídi-

cas, de forma que ao longo do tempo há uma transmutação quanto ao que se considera legítimo e o que se apresenta enquanto violador ou violento (BONAMIGO, 2008).

Historicamente, a violência contra a mulher, a qual se apresenta como apenas um dos tipos de violência existentes na sociedade, também passou por essas modificações, sendo inicialmente velada, transcorrida em um espaço unicamente privado, na perspectiva de que em “briga de marido e mulher ninguém metia a colher”, passando, entretanto, com o tempo e lutas femininas, a um espaço institucional e público, em que, pela primeira vez, o assunto passou a ser discutido.

Essa violência cometida contra a mulher, a qual nos remetemos, enquadra-se como violência de gênero, uma vez que está interligada à correlação entre desigualdade e poder existente entre homens e mulheres, como já explicitado. Está associada a um caráter masculino, patriarcal, no qual as mulheres figuram, em regra, como vítimas (FERNANDES, 2013).

Assim, identificamos que a violência contra a mulher está implícita em uma relação mais ampla, no que se refere à diferenciação entre os gêneros, naturalizada no tempo, onde os padrões de dominação masculina são perpassados entre as gerações, instaurando-se uma cultura no qual as mulheres passam não apenas a serem vistas como diferentes, mas desiguais perante os homens, e, por isso, inferiores e submissas a seu poderio. É nesse contexto, conforme já aludido, que se instaura a violência, a qual não deixa, porém, de ser questionada e rechaçada pelas mulheres, em menor ou maior grau, de forma internalizada ou exteriorizada, de acordo com o tempo e o espaço.

3 O COMEÇO DE UMA LUTA

O fenômeno da violência de gênero só passou a ter a merecida visibilidade quando um movimento de feministas americanas passou a denunciar as violências sofridas pelas mulheres, na década de 1970. Esse movimento lutava contra as desigualdades existentes entre homens e mulheres, objetivando acabar com as situações de opressão dirigidas a estas, uma vez que compreendiam que a violência ocorria em função de uma intimidação da mulher pelo homem, que desempenhava a função de dominador, agressor.

Nesse momento, o movimento feminista brasileiro desponta também como um movimento social vigoroso, desenvolvendo uma prática crítica frente ao Estado, em busca da conquista de direitos e políticas públicas. Constituiu-se, na verdade, como um sujeito coletivo, capaz de advogar pelo acesso e inovação de direitos, objetivando a implementação de novos paradigmas políticos e culturais, monitorando a real efetividade dessas práticas. É desse processo de resistência e suas estratégias de luta que nasce a expressão “violência contra a mulher” (BANDEIRA, 2009; SANTOS 2008).

No período, o movimento feminista passa não apenas a lutar por políticas públicas, como compreende também a importância da formalização legislativa destas, de forma a buscar a declaração e garantia dos seus direitos através do Estado e pelo Estado, passando o movimento a reivindicar assim a própria interferência daquele na esfera privada (BARSTED, 2011).

Dessa feita, é na década de 1980 que há o surgimento das primeiras políticas públicas dirigidas ao combate da violência contra a mulher, quando, em resposta às lutas femininas, há a criação da primeira Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher (DEAM), em 1985,

em São Paulo, a qual, segundo Debert e Oliveira (2007), representa a politização da justiça no que se refere à garantia dos direitos das mulheres. As delegacias eram constituídas por setores especializados da Polícia Civil de cada Estado e o seu objetivo maior era a instrução dos inquéritos policiais referentes às queixas-crimes, que seguiriam posteriormente para julgamento no judiciário (RIFIOTIS, 2004).

As Delegacias da Mulher inauguram um novo momento, criando um espaço específico destinado ao atendimento das mulheres em situação de violência nas suas mais variadas formas, visando à criminalização dos agressores.

É importante considerar que em paralelo às Delegacias da Mulher o movimento feminista também obteve respostas frente às reivindicações junto ao poder legislativo, com a propositura de leis que viriam a conceder às mulheres direitos antes tolhidos. Como fruto dessas reivindicações, à mulher foi assegurada expressamente, na Constituição Federal de 1988, a igualdade de direitos em relação ao homem, na vida pública e privada, rompendo com o sistema patriarcal em nível legal, abolindo inúmeras discriminações e incorporando vários outros direitos individuais e sociais às mulheres (BARSTED, 2011).

No plano internacional, em 1993, a Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, reconheceu os direitos das mulheres como direitos humanos, conclamando os países a adotarem a perspectiva de gênero em suas políticas públicas, a fim de coibir a violência e a discriminação contra as mulheres. Nesse mesmo ano, foi aprovada ainda a *Declaração Sobre a Eliminação da Violência Contra a Mulher*, a qual serviu de subsídio, através de seus princípios e orientações, para elaboração da *Convenção Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra as Mulheres*, conhecida como “Convenção de Belém do Pará”.

Essa convenção é fruto importante das lutas femininas, uma vez que se apresenta como um dos únicos instrumentos internacionais a tratar da violência de gênero, tendo sido assinado pelo Estado brasileiro, além de ter definido em seu texto a violência contra as mulheres como “qualquer ação ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado” (CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER, 1994). Ou seja, trata da violência em nível pessoal, comunitário e estatal (FERNANDES, 2013).

Outro ponto relevante trazido pela referida convenção está na possibilidade de qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou qualquer entidade não governamental juridicamente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, apresentar denúncias de violência contra a mulher à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, uma vez esgotados os recursos protetivos e/ou punitivos existentes nas leis internas do respectivo país, levando à responsabilização do Estado violador, em busca da adoção de medidas que resguardecem os respectivos direitos.

Já no Brasil, em 1995, em paralelo às convenções e aos planos de ação internacionais, foram criados os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (JECRIM), através da lei 9.099/95, com o objetivo de solucionar de forma rápida, sem a interferência punitiva do Estado, os delitos considerados de menor potencial ofensivo.

Nesse ponto, faz-se mister salientar que apesar da referida lei não ter sido criada com o fim específico de combate à violência contra a mulher, mas sim à celeridade no trâmite dos processos acer-

ca dos casos considerados “menos graves”, ela acabou por abarcar os crimes de lesão corporal leve e ameaça, os quais se apresentavam como os mais recorrentes nas Delegacias da Mulher (FERNANDES, 2013). Ou seja, os juizados passaram não apenas a julgar grande parte das demandas, antes dirigidas às Delegacias da Mulher, como trouxeram à baila novas formas de lidar com a problemática, uma vez que a sua política era voltada à despenalização, buscando-se ao máximo a aplicação de penas alternativas à prisão, bem como a composição cível dos danos e a transação penal (DIAS, 2007; SILVA, 2009).

Insatisfeitas com a sensação de impunidade gerada pela lei 9.099/95, o movimento feminista continuou a sua luta pela adoção de leis específicas e abrangentes sobre a violência contra mulheres. Assim, em resposta aos anseios feministas e às convenções e tratados internacionais, em 07 de agosto de 2006 foi sancionada a lei 11.340/06, a qual recebeu o nome de “Lei Maria da Penha”.

Essa lei foi assim chamada em homenagem à biofarmacêutica Maria da Penha Maia, a qual sofreu severas agressões e tentativas de assassinato pelo marido, terminando por ficar paraplégica. O seu caso foi denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, despertando o Estado brasileiro para a gravidade da situação.

A presente lei é a primeira a tratar especificamente da violência de gênero contra a mulher, criando mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra esta, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, o qual alude que “o Estado assegurará a assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 1988).

A Lei Maria da Penha especifica também o conceito de violência contra a mulher, prevendo-a em seu artigo 5º, como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”, no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto. Ou seja, a lei refere-se à violência de gênero existente no âmbito chamado de “doméstico” (BRASIL, 2006).

Essa lei também veio a ampliar o leque quanto às formas de violência contra a mulher, previstas na Convenção de Belém do Pará, incluindo a violência moral e patrimonial àquelas já previstas, ou seja, a violência física, sexual e psicológica. Por outro lado, restringiu o âmbito de sua aplicação ao doméstico, pessoal, enquanto a Convenção de Belém do Pará prevê a proteção da mulher no âmbito pessoal, comunitário e estatal (FERNANDES, 2013).

Nesse ponto, acreditamos que melhor teria sido se a lei 11.340 tivesse seguido o mesmo âmbito de aplicação da Convenção de Belém de Pará, não se restringindo ao âmbito das relações pessoais, uma vez que a desigualdade entre os sexos faz parte de um quadro mais amplo de violência cultural, no qual há a utilização da diferença para desconsiderar ou inferiorizar a identidade do outro. Dessa feita pode estar presente, mesmo que de forma implícita, nas mais variadas relações existenciais vivenciadas pela mulher em sociedade.

Conforme Bandeira (2009, p. 420), a lei prevê ainda a

obrigação de o Estado atuar preventivamente contra expressões de violência por meio da inclusão das agredidas em programas sociais, reconhecendo as distintas vulnerabilidades existentes e facilitando o acesso das vítimas à justiça e às necessárias medidas preventivas de urgência, muitas delas no campo do direito de família, para deter a escalada da violência contra as mulheres. Ainda estabelece iniciativas inéditas

para enfrentar a violência, como a criação de uma Vara Judicial para atender mulheres agredidas, interferindo na área da segurança pública e no Judiciário, buscando contribuir para mudar práticas institucionais e de atuação dos/as agentes públicos/as no enfrentamento dessa questão.

Em síntese, a lei 11.340/06, além de definir políticas de caráter preventivo e protetivo às vítimas de violência doméstica, afastou em definitivo a aplicação da lei 9.099/95; criou um mecanismo judicial específico, qual seja, os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres, com competência cível e criminal, além de reforçar a atuação das Delegacias de Atendimento.

Por fim, podemos perceber que muitas foram as políticas públicas e leis destinadas à tentativa de proteção aos direitos das mulheres, caracterizando-se muitas vezes como um fluxo e refluxo no que se refere à sensação quanto a garantias desses direitos. Isso posto, cabe-nos, em sequência, analisar a efetividade dessas medidas, buscando compreender as razões que levam à concretização ou não da proteção à mulher.

4 OS PERCALÇOS DA LUTA FEMINISTA

A fim do desenvolvimento de uma compreensão crítica acerca dos direitos concedidos à mulher, ao longo do tempo, no campo da violência de gênero, bem como a análise quanto à real efetividade dessas práticas, analisaremos, de maneira mais aprofundada, os três pontos institucionais mais marcantes na política de enfrentamento à violência contra a mulher no Brasil, quais sejam: a criação das Delegacias da Mulher; a publicação da lei 9.099/95, responsável pela instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (JECRIM); e, por fim, a promulgação da lei 11.340/06; apresentando, em paralelo, alguns pontos de discussão e problemáticas inseridas no referido contexto.

Nesse sentido, enquanto primeiro marco institucional, as Delegacias da Mulher foram recebidas com bastante entusiasmo diante da crença do enfrentamento à opressão feminina. Ocorre, porém, que com a sua criação delimita-se também um dos primeiros problemas relacionados ao combate da violência contra a mulher, qual seja, conforme estudos desenvolvidos por Debert e Oliveira (2007), Lima (2010) e Santos (2008), a precariedade na capacitação dos profissionais atuantes nas Delegacias da Mulher quanto às questões femininas e de gênero, o que leva às vezes a uma prática meramente institucional e desadaptada às complexidades da questão.

Ou seja, de um lado tínhamos policiais civis adaptados ao enfrentamento da violência enquanto polaridade excludente, típica do processo penal, no qual há a transformação de complexas questões em simples categorias, em que de um lado figura a vítima e de outro o agressor e, em paralelo, apresentava-se a criação das Delegacias da Mulher, instituídas com o fim de se apresentar como elo entre os conflitos intrafamiliares e o campo jurídico, não podendo também deixar de ser entendida como espaço de mediação no interior das relações privadas (CORTIZO; GOYENECHÉ, 2010). Logo, percebe-se que as questões a serem discutidas nas Delegacias da Mulher eram bem mais complexas que meras categorias excludentes, mas não havia investimento na capacitação dos profissionais que ali atuavam ou até mesmo na criação de outros setores como rede de apoio apta a lidar com as questões que ultrapassassem o âmbito técnico de atuação e compreensão por parte dos seus policiais.

Sobrevém, porém, que esse despreparo e o processo da simplificação das questões de gênero podem fazer com que a violência contra a mulher, conforme explicita Cortizo e Goyeneche (2010, p.107),

acabe não sendo problematizada, caindo na armadilha da dualidade vítima versus agressor ao se condenar ambas as partes previamente, sem considerar a totalidade e a diversidade dos próprios fenômenos denunciados, esquecendo que se trata de relações sociais complexas.

Como exemplo de tal complexidade, Debert e Oliveira (2007) e Rifiotis (2004) relatam em seus estudos que a maioria das mulheres procura as Delegacias da Mulher em busca da promoção do reajustamento dos seus parceiros ao ideário social presente na sociedade, ou seja, buscam a autoridade policial para que esta atue como intermediadora nos conflitos relacionais existentes, verificando-se assim a necessidade de uma prática totalmente diferenciada.

Dessa forma, infelizmente, na prática acaba-se por existir, como resultado, uma dupla polaridade, na qual de um lado encontram-se vítimas se sentindo incompreendidas em suas queixas, e, por outro, agentes atuantes nas Delegacias da Mulher relatando certo desconforto quanto ao trabalho desenvolvido nas delegacias, uma vez que acreditam no desvirtuamento de seus papéis como policiais, em nome de práticas que mais se assemelhariam ao trabalho de assistentes sociais e psicólogos (DEBERT; OLIVEIRA, 2007).

Ou seja, é perceptível a necessidade de uma adequação dos meios aos fins, afinal temos uma desadaptação, não apenas na prática desenvolvida, a qual deveria ser realizada por um grupo multidisciplinar e em constante capacitação, haja vista tratar-se de questões complexas de gênero, interligadas a relações de poder e suas vicissitudes, como também percebemos a incompreensão das próprias questões fundantes da violência, havendo um enfrentamento de forma superficial a um problema muito mais amplo.

Nesse diapasão, após a instauração das Delegacias da Mulher, percebemos que ainda haveria de ser percorrido um longo caminho para a concretização dos direitos almejados pelos movimentos feministas, uma vez que essas delegacias apresentavam-se como marco e começo de uma luta, porém ainda tratavam a questão da violência contra a mulher de forma muito pontual e insatisfatória.

É nesse contexto que são criados os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (JECRIM), tomados como segundo marco institucional, sobre os quais se deve ponderar que apesar da lei 9.099/95 não ter sido criada especificamente para o combate à violência contra a mulher, como já especificado, trouxe à tona dois pontos que merecem ser melhor analisados, quais sejam: a transferência de grande parte do âmbito de atuação das Delegacias da Mulher aos Juizados e as formas despenalizantes de enfrentamento aos ditos crimes de “menor potencial ofensivo”.

Nesse sentido, um dos pontos relaciona-se ao enquadramento dos crimes de lesão corporal de natureza leve e ameaça como crimes de menor potencial ofensivo, redirecionando grande parte das queixas atendidas nas Delegacias da Mulher ao Juizado, criando assim um novo espaço responsável pelo papel de investigação e de mediação dos conflitos, em paralelo às Delegacias, as quais, a partir de então, ficariam responsáveis, nesses tipos de delito, apenas pelo preenchimento do termo circunstanciado de ocorrência (TCO) (SANTOS, 2008; BANDEIRA, 2009).

Nesse ponto, faz-se salutar o conhecimento acerca das principais formas de enfrentamento propostas pela lei 9.099/95 aos crimes tidos como de “menor potencial ofensivo”, quais sejam: a transformação da ação penal pública incondicionada em ação pública condicionada à representação; a imposição de penas alternativas à prisão; à implementação da possibilidade de conciliação entre as partes (vítima e agressor), possibilitando o fim do procedimento judicial sem a penalização do agressor e, por fim, a possibilidade de transação penal.

Ou seja, com a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais há, por um lado, a transposição do papel de interceptor e mediador dos conflitos no âmbito da violência contra a mulher das delegacias para o juizado. Enquanto por outro presencia-se a implementação de uma política despenalizante, na qual, segundo Dias (2007, p.8),

A partir do momento em que a lesão corporal leve foi considerada de pequeno potencial ofensivo, surgindo a possibilidade de os conflitos serem solucionados de forma consensual, praticamente deixou de ser punida a violência intrafamiliar. O excesso de serviço levava o juiz a forçar desistências impondo acordos. O seu interesse, como forma de reduzir o volume de demandas, era não deixar que o processo se instalasse. A título de pena restritiva de direito popularizou-se de tal modo a imposição de pagamento de cestas básicas, que o seu efeito punitivo foi inócuo. A vítima sentia-se ultrajada por sua integridade física ter tão pouca valia, enquanto o agressor adquiriu a consciência de que era “barato bater na mulher”.

Nesse sentido, o lugar que deveria promover a justiça parecia ter-se tornado em um *locus* no qual as mulheres, na maioria das vezes

assistiam a seus agressores saírem dos juizados rindo de seu sofrimento, o que se constituía, pois, numa segunda forma de violência sofrida, pois o lugar em que procuravam proteção era justamente o local onde as agressões eram institucionalizadas e “legalizadas” pelo aparelho judiciário (LIMA, 2010, p.80-81).

Percebemos, portanto, que com a criação da lei 9.099/95 houve não apenas uma repetição das problemáticas antes existentes nas Delegacias da Mulher, uma vez que apenas transfere-se a responsabilidade no recebimento e tratamento das queixas de violência das delegacias para os juizados, sem, contudo, ampliar o leque de atuação e capacitação da rede de atendimento, como ainda parece haver um retrocesso quanto à punibilidade dos agressores e a minimização da problemática da violência, haja vista a categorização dos crimes de lesão corporal de natureza leve e ameaça como crimes de menor potencial ofensivo e a previsão de punições irrisórias.

Nesse contexto, a lei 9.099/95 recebeu várias críticas por parte de militantes feministas, pesquisadores e policiais. Sendo encarada por alguns não apenas como ineficaz no combate à violência de gênero, como desrespeitosa à dor e ao sofrimento das mulheres, gerando uma sensação de impunidade e banalização da justiça. Ou seja, mais uma vez se tentou e mais uma vez se mostrou a fragilidade e, por vezes, a inadequabilidade das medidas propostas no combate à violência contra a mulher.

É em meio a esse sentimento de impunidade e de uma luta feminista cada vez mais crescente, bem como em função dos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, que é promulgada, em 07 de agosto de 2006, a lei 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha.

Como terceiro marco institucional, a referida lei traz à baila uma nova perspectiva de combate à violência contra a mulher, uma vez que, como já referido, a enquadra como violência de gênero, demarcando, pela primeira vez nas leis brasileiras, a análise daquela violência a partir do referencial das relações de poder e dominação masculina. Bem como prevê em seus artigos a criação de uma rede de apoio técnico multidisciplinar apta a lidar com as complexidades atreladas à violência contra a mulher, excluindo ainda a possibilidade de aplicação da lei 9.099/95 e suas condutas despenalizantes. Dessa forma, esta lei aparentemente estaria pronta a lidar com a violência contra a mulher, combatendo-a em todas as suas formas.

Ocorre, porém que, apesar da existência da referida lei e de seus apontamentos à questão de gênero, vários estudos apontam para uma questão interessante, qual seja, a diminuição nos números relativos à violência contra a mulher no momento em que a lei é promulgada, voltando, entretanto, esses números a crescerem logo em seguida. O que nos faz questionar se de fato a lei 11.340 surtiu o efeito desejado. Se ela realmente é suficiente para lidar com a complexa questão de gênero, ou se os direitos ali previstos se apresentam como formalidades legais, porém desafetados ao problema em nível sociocultural.

Nesse sentido, em estudo desenvolvido por Garcia, Freitas e Höfelmann (2013) com o objetivo de avaliar o impacto da Lei Maria da Penha sobre a mortalidade de mulheres por agressões no Brasil, através de estudo ecológico de séries temporais no período 2001-2011, com desenho de tipo antes e depois, averiguou-se que não foi observada redução nas taxas de mortalidade de mulheres por agressões após a promulgação da lei 11.340. O estudo revelou que apesar de ter havido uma pequena redução nos anos de 2006 e 2007, momentos em que a Lei Maria da Penha entrou em vigor, nos anos seguintes os números de mortalidade voltaram a crescer, retornando a patamares anteriores à referida lei.

Em consonância com esses dados, Waiselfiszv (2012), através do Mapa da Violência 2012, o qual consiste em um levantamento realizado pelo Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americano (CEBELA) e pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (FLACSO), através de dados disponibilizados pelo Sistema de Informações de Mortalidade (SIM) da Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS) do Ministério da Saúde (MS), afirma que no ano seguinte à promulgação da Lei Maria da Penha houve uma queda nos números quanto às taxas de homicídio, retornando esses valores aos patamares anteriores já a partir de 2008.

Por fim, em estudo desenvolvido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea, intitulado “Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil”, no qual avaliou-se também por meio de estudo de séries temporais o impacto da Lei Maria da Penha sobre a mortalidade de mulheres por agressões. Constatou-se que não houve redução das taxas anuais de mortalidade, comparando-se os períodos antes e depois da vigência da Lei, conforme gráfico abaixo apresentado pela referida pesquisa:

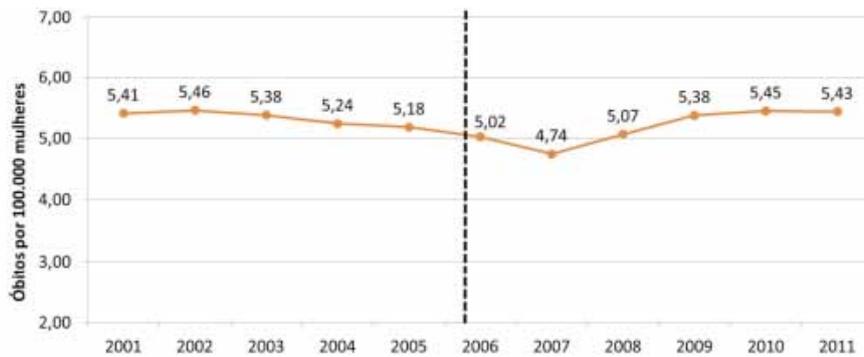


Gráfico 1 - Mortalidade de mulheres por agressões antes e após a vigência da Lei Maria da Penha³.

Ou seja, apesar de a lei 11.340 apresentar-se como avanço no direito protetivo às mulheres, uma vez que traça diretrizes importantes para incremento de um sistema integrado e coordenado de atenção e valorização da vítima, bem como de prevenção à violência, contribuindo, inclusive, para o fim da falsa ideia de que a violência resolve-se com cestas básicas, uma vez que proíbe penas alternativas, podendo agora o agressor ser punido até mesmo com pena privativa de liberdade de até 03 anos, a lei ainda não se mostra suficiente para o enfrentamento da violência contra a mulher.

Nesse sentido, Carneiro e Fraga (2012, p. 394-395) assinalam pontos interessantes, que demarcam com clareza um dos pontos justificantes dessa insuficiência da lei, ou seja, a discrepância existente entre as proposições legais e a realidade fática:

mesmo após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha no ano de 2006, as denúncias de violência doméstica vêm aumentando significativamente. [...] Em conformidade com esses aspectos, a lei prevê “garantias” que são inexistentes, ou seja, não se concretizam na prática, como, por exemplo, a criação de juzgados especiais, nos quais uma equipe de atendimento multidisciplinar, com profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde, estaria pronta para atender as vítimas. Não se concretizam também a criação de casas-abrigos, centros de atendimento integral e multidisciplinar, delegacias e centros de saúde especializados para atender as mulheres vítimas, bem como centros de educação e reabilitação para os agressores. Portanto, coibir a violência contra a mulher, utilizando-se das “garantias” previstas na Lei Maria da Penha, ainda é uma realidade bastante distante do contexto social atual [...] Entende-se que o foco central de toda essa problemática em torno do aumento das denúncias de violência doméstica e os mecanismos necessários para o seu tratamento seja a promoção de políticas públicas efetivas para o atendimento integral da mulher vitimada. Para tanto, também são necessárias a capacitação e a inclusão de profissionais que atuem no fortalecimento da rede de assistência de forma multidisciplinar. Esse é um começo significativo para o cumprimento de forma integral desse avançado programa de assistência e proteção dos direitos da mulher, que é a Lei Maria da Penha.

3 Fonte: Estudo desenvolvido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_femicidio_leilagarcia.pdf

Nesse ponto, outra questão que merece destaque ao tratarmos da aplicação *versus* resultado da lei Maria da Penha diz respeito à redução dos investimentos públicos destinados à área social, o que causa impacto na aplicação da referida lei, uma vez que para sua efetividade há a necessidade de uma rede de programas articulados, como já exposto anteriormente (Lima, 2010). Sem a existência dessa rede de apoio técnico e multidisciplinar apta a lidar com as complexidades inerentes à violência contra a mulher, irá recair-se na mesma prática institucionalizada e desadaptada presente nas delegacias e juizados, havendo, por conseguinte, apenas a priorização do encarceramento dos agressores, mesmo sabendo que essa política, por si só, não irá alterar os valores atrelados à violência contra a mulher (LIMA, 2010).

Ou seja, apesar da previsão legal de um sistema articulado e de uma visão propositiva acerca da violência de gênero contra a mulher, a Lei Maria da Penha ainda se apresenta em uma esfera muitas vezes meramente formal, existindo uma séria discrepância entre as expectativas geradas pela lei e as formas de apoio e as estruturas precárias existentes, havendo a necessidade de um maior investimento não apenas financeiro, como um aperfeiçoamento constante das práticas e redes de apoio.

Outro ponto salutar e que merece destaque ao pensarmos nos motivos que levam à não concretização da referida lei destinada ao combate da violência contra a mulher, diz respeito a apontamentos trazidos por Meneguel et al (2013), o qual afirma que apesar do discurso em defesa da lei promovido por alguns operadores do direito, isso não significa que eles estejam comprometidos com a real mudança nos paradigmas que perpassam a violência de gênero contra a mulher, uma vez que, como membros da cultura em que vivem, não estão imunes ao machismo e sexismo, apresentando-se por vezes como um grupo conservador, corporativo e pouco aberto às mudanças de paradigma vigentes na sociedade.

Impõe-se assim uma questão importante, pois se apresenta o risco de ter o próprio direito e as práticas destinadas ao combate da violência contra mulher como meios perpetuadores e institucionalizantes das diferenças entre os sexos, existindo uma inversão em seus papéis, ou seja, os meios que deveriam promover a segurança e o bem-estar feminino podem acabar por confirmar a subjugação da mulher perante o homem.

Ou seja, identifica-se dessa forma que as problemáticas atreladas ao combate da violência contra a mulher abarcam não apenas questões estruturantes em nível de infraestrutura e consolidação das redes de apoio, como perpassam questões muito mais profundas, relacionadas a padrões sociais impostos à mulher e internalizados ao longo do tempo. Nesse sentido, Meneguel et al (2013, p. 697) afirma, de forma clara e precisa:

As contradições entre o discurso e a prática dos operadores, assim como entre o discurso jurídico e feminista e o descompasso entre o que procuram as mulheres e o que oferecem os serviços mostraram que embora a elaboração de leis específicas em relação à violência de gênero seja uma conquista do movimento de mulheres, a lei por si só não basta. E para fazê-la valer, é preciso não só o aumento de recursos materiais, humanos e financeiros, mas um árduo trabalho de desconstrução dos mecanismos ideológicos que mantém as desigualdades sociais e as hierarquias de poder entre os gêneros.

Assim, diante de todo o exposto, ao realizarmos um paralelo entre os direitos e práticas destinadas ao combate da violência contra a mulher no decorrer das últimas décadas e a sua real efetividade, percebemos que muitos foram os avanços em nível legal, uma vez que as leis atuais, como a Lei Maria da Penha, já compreendem em seus conceitos e fundamentos a questão de gênero, permitindo assim um apontamento para as reais questões que perpassam a violência contra a mulher. Entretanto, ao remetermo-nos às problemáticas e números apresentados, percebemos a insuficiência das leis e/ou políticas públicas diante do real enfrentamento da violência contra a mulher, bem como a constante substituição de práticas velhas por outras novas, com a repetição dos mesmos problemas, persistindo ainda no mundo fático a subjugação feminina e a violência.

5 A MORAL E O DIREITO NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

O Brasil é um país que se constitui como Estado democrático de direito, no qual as funções típicas e indelegáveis são exercidas por indivíduos eleitos pelo povo, ou seja, representantes politicamente constituídos, responsáveis pela criação das leis, as quais têm como uma de suas finalidades a promoção de garantias fundamentais, como a igualdade de todos perante a lei.

Pelo exposto, através das leis, ou melhor, da própria Carta Magna do país, à mulher foi atribuído um papel de igualdade perante os homens, conforme preceitua a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso I, ao declarar que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988). Ocorre, porém, que apesar da consagração em nível legal quanto à igualdade entre os sexos, vivemos em uma democracia apenas formal, na qual os Estados de Direito estão instalados em sociedades muito pouco democráticas, com forte presença autoritária, na prática política e na cultura, e esta última ainda reflete características de relações patriarcais que colocam a mulher como ser subordinado ao homem.

Dessa forma, percebemos que nosso Estado de direito declarado ainda não é totalmente concretizado e que nele a mulher adquiriu novos direitos, sem, contudo, ficar imune às marcas negativas do comportamento sociocultural. Afinal, a existência de leis não é suficiente para que os costumes e as regras de convivência sejam modificados (Castanho, 2008; Nasser, 2004).

Em conformidade, Barsted (2011, p. 14) explana que

a conquista por direitos formais foi, assim, o passo inicial do feminismo brasileiro. No entanto, essa luta não se esgota no reconhecimento formal dos direitos, especialmente porque a declaração de direitos não traz o usufruto dos mesmos ou a ampliação do poder de decisão das mulheres sobre suas vidas. O reconhecimento formal de direitos também não significa, no que se refere às mulheres, que essas passem a se sentir titulares e vivenciem os direitos expressos nas Constituições democráticas ou nos tratados e convenções internacionais. A titularidade significa não só ter direitos, mas também poder usufruir destes direitos.

Nesse ponto, faz-se salutar a compreensão de que o direito, seja ele expresso através das leis ou políticas públicas, não se apresenta como único processo normativo a condicionar a vivência do homem na sociedade, como pode ser visto através do descompasso entre a existência da norma e a sua concretude; mas em paralelo e de forma complementar põe-se

também a moral, a qual pode ser compreendida como um conjunto de normas conscientes, por mais limitada e imprecisa que seja essa compreensão pelo sujeito, que regula o comportamento individual e social dos homens em determinado tempo e espaço (VÁZQUEZ, 2002).

Essas normas de cunho moral não possuem a coercibilidade jurídica ou física típica do direito, porém se impõem como valores, presentes nos costumes e representações sociais, levando a sua concretização através de uma coação social, no qual a própria coletividade estipula os padrões a serem seguidos em sociedade, estando suscetíveis à discriminação, à exclusão, à censura e, dentre outras, à violência, aqueles que não se enquadrem nos referidos padrões.

Assim, apesar da existência de normas jurídicas e da garantia ao direito das mulheres através delas, ainda existe no campo da moral outro conjunto de normas que precisa ser desconstituído para a efetivação dos direitos protetivos da mulher, o qual se apresenta em duas classes de valores: uma dominante, ligado à dominação masculina, e outra das mulheres, as quais no íntimo rejeitam os princípios e as normas morais vigentes e apropriam-se de seus direitos, na medida em que adquirem a consciência da liberdade frente aos padrões impostos pela classe dominante. Por vezes, porém, ainda são influenciadas pela moral dominadora, considerando-se, como dominadas, que não lhes parece possível vencer a ótica daquela moral dominante, abrindo-se espaço, por conseguinte, à perpetração da violência contra a mulher.

Ou seja, ao falarmos no descompasso existente entre as previsões legais e as representações existentes no ideário sociocultural, referimo-nos, na verdade, ao direito e à moral, os quais se apresentam como duas instituições diferentes, porém complementares, que mutuamente se influenciam, havendo, entretanto, em alguns momentos, o predomínio de um ou de outro (NADER, 2014). Nesse sentido, ao falarmos nos direitos protetivos da mulher, percebemos que ainda predominam na sociedade uma ótica moral de dominação masculina, dificultando a efetividade das próprias leis que garantem direitos a estas, uma vez que é na própria sociedade e através dela que uma lei se constitui como norma “vigente” ou letra morta.

Somado ao exposto, Cortizo e Goyeneche (2010) defendem ainda que uma vez regente em nossa sociedade e cultura, estando inculcada nos indivíduos, essa ótica de dominação masculina acaba por ser apropriada inclusive pelos próprios policiais e operadores do direito, como já exposto e discutido outrora, levando a uma prática profissional que reproduz, naturaliza e banaliza a desigualdade entre homens e mulheres. Nesse mesmo sentido, Dias (2007, p.13) afirma que “O poder judiciário ainda é uma das instituições mais conservadoras e sempre manteve uma posição discriminatória quanto aos gêneros masculino e feminino”, sugerindo que, apesar dos avanços legislativos, o discurso dos juízes continua o mesmo. Dessa forma, a ótica da dominação masculina não apenas existe no ideário da sociedade, como um dos próprios sistemas apto a promover mudanças, aplicando a lei ao caso concreto, acaba por reproduzi-la, naturalizando-a (TEIXEIRA, 2010).

O problema é que como resultado da naturalização dessas diferenças entre homens e mulheres, estas acabam por ser submetidas, conforme explana Arantes (2003, p. 58-59),

a um julgamento moral, baseado nas construções equivocadas sobre seu papel social, vinculada à ideia da mulher que é mãe, passiva, recatada, etc., quanto mais se afasta desse paradigma, mais possibilidade tem o agressor de ser absolvido e ela, de ser “criminalizada”, ainda que vítima. Assim, o sistema penal inverte o ônus da prova, não escuta as vítimas, recria estereótipos, não previne novas violências e não contribui para a transformação das relações hierárquicas de gênero nem para uma nova compreensão [...] O agressor, por sua vez, tem suas virtudes potencializadas e quase sempre o crime é apresentado como uma atitude excepcional, extremada pelo comportamento condizente da mulher [...]. Assim, observa-se um deslocamento de responsabilidade, do acusado para a vítima, a partir de concepções que justificam a atitude masculina, seja ela qual for (até a prática de um crime) e estigmatizam as condutas femininas [...].

Diante disso, logo se percebe que a legislação e as políticas públicas, por mais neutras que possam parecer, são suscetíveis não apenas a interpretações e aplicações diversas, como também incorporam os valores, costumes e preconceitos culturalmente presentes na sociedade, recaindo-se assim em práticas novas com métodos velhos, que acabam por respaldar a manutenção do sistema de dominação-exploração que legitima a assimetria entre as relações de gênero, marcada pela hierarquia, obediência e desigualdade, em que a mulher é vista como ser hipossuficiente em relação aos homens.

Nesse diapasão, para real implementação dos direitos protetivos existentes nas leis e solidificação das políticas públicas destinadas às mulheres faz-se necessária a percepção, por todos os componentes sociais, quanto à existência das diferenças entre homens e mulheres em nível fático, moral e internalizado nos sujeitos, para só então podermos proceder à discussão em favor da igualdade, promovendo a desconstrução dos velhos padrões de dominação e a construção de novos padrões mais equânimes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao tratarmos da questão da violência contra a mulher no Brasil, remetemo-nos na verdade a uma violência de gênero, a qual reflete a ótica sociocultural de uma sociedade machista ocidental, aprendida e perpassada de geração em geração, de dominação/exploração, que se atribui à mulher o papel de ser hipossuficiente e dependente do homem, sendo vista enquanto propriedade particular e ser desigual, e, por isso, inferior e submissa ao homem.

Esse sistema preconceituoso de ideias encontra-se ideologicamente presente como normatização moral vigente na sociedade, de forma latente e pulsante, sendo internalizado pelos sujeitos. Trata-se de uma maneira de ser e colocar-se no mundo conduzindo a desigualdade nas relações e, conseqüentemente, à subjugação e a violência contra a mulher.

Essa ótica distorcida leva a uma naturalização dessa violência que acaba por alargar-se e incluir-se em todas as esferas da sociedade, abarcando até mesmo as próprias práticas destinadas ao seu combate, mascarando-se, por vezes, a institucionalização de tal violência. Somado a isso, presenciamos a falta de investimento social e uma precária rede de atendimento à mulher vítima de violência, acabando por existir uma crise de inefetividade operante frente às ações e políticas

protetivas desenvolvidas em prol do combate à violência contra a mulher, haja vista por um lado a existência de leis e a previsão de políticas públicas destinadas ao enfrentamento do problema; e a persistência, por outro, dos altos índices de violência cometida contra as mulheres e as problemáticas existentes em seu combate.

Nesse sentido, torna-se claro que apesar dos significativos avanços em nível legal no que tange ao combate da violência contra a mulher, mesmo existindo atualmente no Brasil uma legislação específica destinada à violência de gênero, muitos ainda são os entraves à concretização dos ideais propositivos existentes nessas leis.

É válido ressaltar, entretanto, que não temos a pretensão de realizar reducionismos, afirmando que todas as práticas dirigidas ao combate da violência contra a mulher apresentam tais problemáticas e são totalmente inefetivas, uma vez que o objetivo do presente artigo é apenas promover uma reflexão acerca de alguns dos entraves à real proteção à mulher. Afinal, existem sim práticas e programas efetivos que conseguem lutar contra os percalços e a ordem de dominação masculina e imprimir à mulher os seus direitos, por mínimos que possam ser.

Abordamos, porém, o outro lado dessa realidade, no qual os direitos ainda se apresentam como formalidades, uma vez que a prática e o sistema ainda são regidos por uma ordem patriarcal, não havendo, por vezes, interesse na resolução de tais questões.

Dessa forma, percebe-se que para a real materialização dos direitos protetivos da mulher há de se haver uma mudança em nível cultural e estrutural, estabelecendo uma nova ideia de igualdade entre os sexos, bem como ampliando o investimento e o aprimoramento do sistema de apoio ao combate à violência contra a mulher. Há de se buscar, na verdade, uma equivalência entre o que se estabelece nas leis e a sua prática.

Ou seja, a mudança deve partir da situação fática e dos sujeitos envolvidos, devendo o direito, em contrapartida, utilizar-se também de seu poder transformador ao realizar a interpretação e a aplicação das leis, adaptando e corrigindo esses entraves à efetivação dos direitos, sem reproduzir e solidificar as diferenças entre os gêneros.

Por fim, sabemos que não se trata de uma mudança simples, uma vez que referimo-nos a uma transformação em paradigmas sociais já inculcados e perpassados através do tempo de geração em geração, mas, sobretudo, mudança de um sistema social vigente que não demonstra muito interesse em modificar-se; não é por isso, porém, que desistiremos da luta, afinal já conquistamos os direitos e um dia também conseguiremos fazer deles realidades fáticas.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rivane Fabiana de Melo. **Papéis e desafios do discurso jurídico no Brasil frente às demandas das mulheres por igualdade e justiça a partir dos anos 90**. 2003. 73 f. Monografia (Especialização em Direitos Humanos) - Universidade Federal da Paraíba, Paraíba.

BANDEIRA, Lourdes. Três décadas de resistência feminista contra o sexismo e a violência feminina no Brasil: 1976 a 2006. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 24, n. 2, p. 401-438, maio/ago. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v24n2/04.pdf>. Acesso em: 21 Out. 2014.

BARSTED, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminist. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 13-37.

BONAMIGO, Irme Salete. Violências e contemporaneidade. **Revista katálysis**, Florianópolis, v. 11, n. 2, p. 204-213. Jul./dez. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802008000200006. Acesso em: 21 Out. 2008

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

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

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Brasília: Congresso Nacional, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 21 out. 2014

_____. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Brasília: Congresso Nacional, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 21 out. 2014.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil**. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_femicidio_leilagarcia.pdf. Acesso em 12 out. 2014.

CARNEIRO, Alessandra Acosta; FRAGA, Cristina Kologeski. A Lei Maria da Penha e a proteção legal à mulher vítima em São Borja no Rio Grande do Sul: da violência denunciada à violência silenciada. **Serviço Social e Sociedade**, São Paulo, n. 110, p. 369-397, abr./Jun. 2012. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-66282012000200008&script=sci_arttext. Acesso em: 21 Out. 2014.

CASTANHO, Maria Amélia Belomo. **Questões de gênero no processo de exclusão social: a violência doméstica contra a mulher e o acesso à justiça**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister, Belo Horizonte: IBDFAM, n.3, p.35, abr./mar. 2008.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER, 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

CORTIZO, María del Carmen; GOYENECHÉ, Priscila Larratea. Judicialização do privado e violência contra a mulher. **Revista katálysis**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p.102-109. Jan./jun. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802010000100012&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 20 out. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DEBERT, Guita Grin; OLIVEIRA, Marcella Beraldo de. Os modelos conciliatórios de solução de conflitos e a “violência doméstica”. **Caderno Pagu**, Campinas, n. 29, p. 305-337, jul./dez. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332007000200013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 Out. 2014.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha**: o processo penal no caminho da efetividade. 2013. 292 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Penal) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

GARCIA, Leila Posenato; FREITAS, Lúcia Rolim Santana de; HÖFELMANN, Doroteia Aparecida. Avaliação do impacto da Lei Maria da Penha sobre a mortalidade de mulheres por agressões no Brasil, 2001-2011. **Epidemiologia e Serviços de Saúde**, Brasília, V. 22, n. 3, p. 383-394, jul./set. 2013. Disponível em: <http://scielo.iec.pa.gov.br/pdf/ess/v22n3/v22n3a03.pdf>. Acesso em: 20 out. 2014.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com nome de mulher**: violência doméstica e familiar, considerações à Lei nº 11.340/2006, comentada artigo por artigo. São Paulo: Servanda Editora, 2012.

LIMA, Marwyla Gomes de. **Lei Maria da Penha em Natal/RN**: limites e possibilidades no combate a violência de gênero contra a mulher. 2010. 173 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal.

MENEGHEL, Stela Nazareth et al. Repercussões da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência de gênero. **Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, p. 691-700, Mar. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232013000300015&script=sci_arttext. Acesso em: 20 out. 2014.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NASSER, Elizabeth Mafra Cabral. **Viva a diferença, com direitos iguais**. Rio Grande do Norte: EDUFRN, 2004.

PINSKY, Carla Bassanezi. Estudos de Gênero e História Social. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 17, n. 1, p. 159-189. Jan./Abr. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2009000100009&script=sci_arttext. Acesso em: 20 out. 2014.

POUGY, Lilia Guimarães. Desafios políticos em tempos de Lei Maria da Penha. **Revista katálysis**, Florianópolis, v. 13, n. 1, p.76-85. jan./jun. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802010000100009&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 20 out. 2014.

RIFIOTIS, Theophilos. As delegacias especiais de proteção à mulher no Brasil e a «judicialização» dos conflitos conjugais. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 19, n. 1, p. 85-119, jan./jun. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922004000100005. Acesso em: 21 Out. 2014.

SANTOS, Cecília Macdowell. Da delegacia da Mulher à Lei Maria da Penha: lutas feministas e políticas públicas sobre violência contra mulheres no Brasil. **Centro de Estudos Sociais**. Coimbra, mar. 2008. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/301.pdf>. Acesso em: 21 out. 2014.

SILVA, Luciano Santos. **O que queres tu mulher?** Manifestação de gênero no debate de constitucionalidade da Lei Maria da Penha. 2009. 107 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

TEIXEIRA, Daniel Viana. Desigualdade de gênero: sobre garantias e responsabilidades sociais de homens e mulheres. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p.253-274. Jan./jun. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100012. Acesso em: 20 out. 2014.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. 23. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

WAISELFISZ, Júlio Jacobo. **Mapa da Violência 2012** - Atualização: homicídio de mulheres no Brasil. 2012. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_atual_mulheres.pdf>. Acesso em 15 out. 2014.

WHITAKER, Dulce. **Mulher & Homem**: o mito da desigualdade. 12. ed. São Paulo: Moderna, 1997.

NEGRAS TERRAS: A POSSE E A PROPRIEDADE DA TERRA QUILOMBOLA BOA VISTA DOS NEGROS – PARELHAS/RN

Maxuel Batista de Araujo¹

RESUMO

Discute-se a caracterização do processo de posse e propriedade de terras destinadas às comunidades quilombolas, reconhecidas como grupos étnico-raciais, segundo critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas e com ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida, conforme estabelece o Decreto nº 4887/03. Ressaltando ainda que essas comunidades possuem direito de propriedade de suas terras consagrado desde a Constituição Federal de 1988, direito este protelado por duas décadas e que no Rio Grande do Norte teve a Comunidade Boa Vista dos Negros, no município de Parelhas, como uma das primeiras a ter seu direito de posse e propriedade reconhecidos.

Palavras-Chaves: Posse. Propriedade. Quilombola. Boa Vista dos Negros.

BLACK LANDS: POSSESSION AND OWNERSHIP OF QUILOMBOLA BOA VISTA DOS NEGROS – PARELHAS/RN

ABSTRACT

This paper aims at discussing on the characterization of the process of possession and ownership of land destined to the maroon communities, recognized as ethnic and racial groups, according to self-attribution criteria, with historical background, endowed with specific territorial relations and with black ancestry related to the historical resistance to oppression, as established by Decree No. 4887/03. Also, this study emphasizes that these communities have the right to ownership of their land, as established by 1988 Federal Constitution, a right that was delayed for two decades and that had, in Rio Grande do Norte, with the Comunidade Boa Vista dos Negros, in the municipality of Parelhas, one of first communities to have such right of possession and ownership recognized by law.

Keywords: Possession. Property. Quilombola community. Boa Vista dos Negros.

1 INTRODUÇÃO

O motivo para a realização do presente estudo deve-se a análises e constatação que mostram como a questão das terras quilombolas está sendo tratada após a Constituição Federal de 1988. Para isso, demonstra-se inicialmente os conceitos de posse e propriedade no tocante ao problema das terras quilombolas e comunidades remanescentes no Brasil, em especial à comunidade quilombola Boa Vista dos Negros, localizada no município de Parelhas, Estado do Rio Grande do Norte. Almeja-se ainda ampliar o conhecimento tanto no viés do Direito Constitucional quanto do Direito Civil brasileiro sobre a temática em estudo.

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN. E-mail: maxjus@live.com.

Diante da preocupação no que tange à legalização da propriedade das terras quilombolas nas últimas décadas, verifica-se que há necessidade de se aprofundar o debate nas premissas legal e acadêmica. No aspecto legal, temos a Constituição Federal de 1988, que reconheceu a propriedade e, conseqüentemente, o registro das terras das comunidades quilombolas, mas é preciso observar que ao longo da história tais terras nunca foram respeitadas de fato quanto a seus reais e legítimos possuidores. Assim se faz necessário, pela via legal, conhecer e valorizar os elementos de formação do povo brasileiro, seus traços e heranças culturais, procurando despertar o sentimento de valorização e conservação do nosso genuíno sentimento de “brasilidade”, enfatizando a construção da entidade e do “*ethos de pertencer*” a um local. De ordem acadêmica, verifica-se a necessidade de ampliar a produção científica, principalmente a potiguar, em torno da temática da posse e propriedade das terras quilombolas no Rio Grande do Norte.

Inicialmente o presente estudo se pauta pelas palavras de Paolo GROSSI (2004):

um dos papéis, e certamente não o último, do historiador do direito junto ao operador do direito positivo seja o de servir como sua consciência crítica, revelando como complexo o que na sua visão unilinear poderia parecer simples, rompendo as suas convicções acríticas, relativizando certezas consideradas absolutas, insinuando dúvidas sobre lugares comuns recebidos sem uma adequada confirmação cultural.² Assim, a demonstração histórica só faz sentido quando é possível a reflexão entre o ontem e o hoje, criando bases para uma reflexão futura, principalmente entre os seres humanos e sua relação com as “coisas”.

O debate em torno dos conceitos posse e propriedade das comunidades quilombolas, com destaque para a Boa Vista dos Negros, traz para o cerne da questão aspectos do Direito Brasileiro, perpassando em campos como Civil, Constitucional e Ambiental, bem como contribui para a melhoria da estruturação e compreensão desses conceitos em relação às comunidades quilombolas atuais, aliando-se à percepção dos objetos da questão, como o protelar e a morosidade na certificação da propriedade da terra das comunidades quilombolas no Estado do Rio Grande do Norte.

Metodologicamente, utilizou-se como fontes secundárias livros, revistas e artigos, a fim de conhecer a literatura existente a respeito do tema, visando à possibilidade de uma ampliação de conhecimentos quanto à forma de tratar a questão da posse e da propriedade das terras quilombolas e remanescentes no Rio Grande do Norte, em destaque a comunidade Boa Vista dos Negros.

De forma a estruturar e facilitar a compreensão e a leitura, este estudo foi dividido em itens, o primeiro denominado “*posse e propriedade: o sentimento civil de pertencer*”, tratado aqui no viés do Direito Civil os temas posse e propriedade no ordenamento jurídico brasileiro; o segundo item, “*Negras Terras*”, traz uma breve explanação histórica e jurídica sobre as terras quilombolas e como o negro e ex-escravos conseguiram posse e propriedade de terras no Brasil, tendo como lastro a atual Constituição Federal, como esta trata as terras quilombolas e como foi efetivado o direito quilombola da comunidade Boa Vista dos Negros, localidade no município de Parelhas, Estado do Rio Grande do Norte. E caminhando para as análises finais, a preocupação com a luta dos movimentos e instituições no reconhecimento e efetivação do direito a terra e à propriedade.

2 GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 11

2 POSSE E PROPRIEDADE: O SENTIMENTO CIVIL DE PERTENCER

2.1 SÍNTESE HISTÓRICA

Discorrer sobre o instituto da posse/propriedade nos faz refletir inicialmente sobre a sua importância nos aspectos histórico e conceitual. No campo da História, numa breve explanação, verifica-se nitidamente que a questão da propriedade e da posse dos bens, principalmente de terras, passa pela ideia inicial que esta pertencia àquele que detinha o poder religioso e/ou militar, tendo seu uso ou posse concedida de forma coletiva ou familiar.

Quando os primeiros grupos humanos se fixaram, tornaram-se sedentários, criou-se condições para que se instituísse os aspectos em estudo, posse e propriedade, e com o nascimento das primeiras civilizações com seus códigos normativos e costumeiros, nascia o desejo de uso e transmissão de bens. Todavia a questão da terra não se enquadrava bem no item de propriedade individual, embora sua posse fosse até permitida pela força estatal dos reis e faraós. Entretanto não se podia desenvolver o conceito de *propriedade privada*, o qual não fazia sentido para as primeiras civilizações, por isso o conceito foi consolidado apenas mais tarde, com o sistema capitalista.

Na Grécia Antiga havia a ideia de individualização da terra, da propriedade pelo *pater*, cuja posse se dava de forma coletiva e familiar, em que a transmissão sucessória era apenas para o filho primogênito varão e como as terras produtivas e férteis eram poucas, logo houve a concentração de terras nas mãos de uma pequena casta, chamada de *cidadãos*.³

Em Roma, com Lei das Doze Tábuas, lê-se na VI, “*De domínio et possessione*” (da propriedade e da posse), destacando-se a palavra dada nos contratos, de acordo com a norma *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*, “Quando alguém faz um juramento, contrato ou venda, anunciando isso oralmente em público, deverá cumprir sua promessa”. Com o declínio do Império Romano, a propriedade das terras exigia também um título escrito, o que gerou latifúndios que também provocaram um problema social, uma vez que os soldados, para manter a segurança e as fronteiras do Império, exigiam a propriedade da terra como pagamento pelos esforços de guerra.

O sistema sócio, político e econômico do Feudalismo descaracterizou o caráter da propriedade, sendo o domínio do feudo estabelecido em dois momentos e posteriormente em três: o direito (*pertencente ao senhor feudal*); o útil (*destinado ao vassalo*); e com a centralização do poder nas monarquias nacionais, por volta do século XII, tem-se o terceiro momento, o domínio do Estado. O fim desse período marca a transição da propriedade e da posse, tratadas agora em caminhos mercantilista e capitalista, dando também ao caráter das terras um direito natural, não mais apenas privado ou positivado, ensaiando desde já o discurso que vai permear toda a modernidade.

A titulação da terra se legitima e se reconhece o direito de dispor e indispor da mesma, podendo-se vender ou alienar, e tendo a segurança jurídica do Estado Moderno, sob as luzes do liberalismo econômico e do *governo civil* de John Locke.

3 Observa-se que na Grécia antiga o termo “cidadão” é divergente da sua concepção atual, pois cidadão era todo aquele que possuía direitos políticos, constituindo uma pequena elite agrária, em que se consideravam descendentes dos povos fundadores da Grécia (ARAUJO, Maxuel B. *História no Ensino Médio Diferenciado*. Natal: Ed. Autor, 2013, p. 17).

Locke acreditava, no tocante ao tema governo civil, que este teria a finalidade maior, ou seja, a defesa e manutenção da propriedade dos homens, uma vez, que sob os auspícios do estado da natureza, não seria exercido pelos homens de forma regular e plena, daí ser necessário a cessão de poderes ao governo civil, conforme aduz:

Os homens renunciam em favor do governo civil a dois poderes que lhes são inerentes no estado da natureza: ao poder de fazer tudo o que achar conveniente para sua própria preservação e a da espécie, submetendo-se à disciplina estabelecida pelas leis da sociedade política e à restrição da liberdade ditada pela lei da natureza; e, ao de punir pessoalmente e segundo seu arbítrio os atentados a sua vida e ao seus bens, confiando ao poder executivo da sociedade política a preservação da integridade de sua pessoa e de seus bens (LOCKE, 1994, p. 158).

Na perspectiva individualista, a propriedade vem sendo contraditada pela força da interdependência social, acelerada pelos novos e mais ágeis processos de interação social, em que a propriedade se encontraria legitimada pelo “trabalho honesto” e pelas leis do governo civil. Locke também nos faz refletir sobre a importância da propriedade para o ser humano, posto que uma vez uma vez lhe sendo retirada, conseqüentemente sua personalidade é atingida, prejudicada. Tem-se em mente a ideia de que a propriedade satisfaz necessidade humana de segurança, de dar dignidade e transmitir ordem, além de sinalizar a possibilidade de aquisição de bens culturais e econômicos. Por fim, não se pode confundir aqui, neste adendo, que a propriedade não se legitima, se justifica simplesmente ou se esgota em sim mesma, de *forma natural, boa e virtuosa*, devido a estar cercada e submetida às leis estatais e não obstante as relações de propriedade/posse, pois muitas vezes gera mais obrigações do que direitos.

2.2 CONCEITOS

No limiar do mundo contemporâneo, surgem teorias que norteiam ordenamento jurídico de muitas sociedades atualmente, desenvolvidas sobretudo pelos teóricos Savigny e Ihering. Para SAVIGNY⁴, com seu caráter subjetivo, defendia que tanto na posse quanto na sua detenção há o *corpus* (poder físico do titular sobre a coisa como sua, “o elemento natural”), juntamente com *animus domini* ou *animus rem sibi habendi*, isto é “conduta própria ou inerente ao dono, embora não se exija a convicção de dono, existente somente no proprietário”. Na detenção só existe o *animus tenendi*, ou propósito de deter a coisa para o possuidor. Somente esse último merece a proteção possessória. Dessa forma, sobre a posse aqui se pode entender que um locatário não poderia usar ações possessórias para proteger sua posse, já que seria apenas detentor do *corpus*. Já IHERING⁵, ao confrontar a teoria do seu compatriota alemão Savigny, alertou que pode haver sim posse sem o *corpus*, isto é, sem a presença física do possuidor (teoria objetiva), uma vez que a “posse seria a

4 Friedrich Carl von SAVIGNY (1779 – 1861). Jurista alemão do século XIX. Maior nome da *Escola Histórica do Direito*. Autor da obra *Das Recht des Besitzes* (“Tratado da Posse”).

5 Rudolf von IHERING (1818 - 1892). Jurista alemão cuja obra influenciou fortemente a cultura jurídica em todo mundo ocidental. Autor da obra *Der Kampf ums Recht* (“A Luta pelo Direito”).

exteriorização do domínio a relação exterior intencional, existente, normalmente, entre proprietário e sua coisa” (TORRES, 2014), conforme o próprio Ihering nos apontou em seus exemplos: *o material de construção em frente à obra, nos quais a relação de posse existe conforme a natureza e a destinação econômica da coisa, independente da sua proximidade ou sujeição ao possuidor.*

Nesse ambiente da modernidade, podemos inserir o Brasil no contexto mundial de então como um desdobramento da expansão marítima e territorial de Portugal, que no seu ordenamento jurídico refletiu em sua maior colônia o seu sistema de distribuição de terras e sua respectiva propriedade, procurando dar características econômicas e de propriedade privada às terras brasileiras; somente por volta do século XVIII é que assumem o caráter de aquisição da terra pelo instituto da posse. Entretanto, no Brasil colônia havia algo ainda bastante peculiar, o caso das sesmarias, em que sobre a cessão de terras não havia um controle eficiente, surgindo então inúmeros posseiros, cujos domínios e propriedades devidamente registrados e documentados formavam um verdadeiro caos jurídico. Assim, entre as décadas de 1820 a 1850, no Brasil Império houve uma preocupação em efetivar no ordenamento jurídico uma solução plausível, porém as teorias sobre a posse e propriedade que permeavam a Europa ainda não encontravam solo em *terras além mar* e, assim a preocupação no Brasil era de como validar as concessões das sesmaria e ordenar novas regras para as futuras concessões de terras por esse instituto.

Um dos primeiros questionamentos sobre esse problema partiu do Ministro Imperial José Bonifácio de Andrada e Silva⁶, que em seu esboço defendia essencialmente o fim do sistema de sesmarias; entretanto, era antes urgente e necessário criar mecanismos e padrões para disciplinar as terras (*observa-se aqui uma sutil nuance da teoria objetiva de Savigny*) e para revalidação das existentes sesmarias; e para futuras posses era necessário o critério da “terra cultivada”, caso contrário sua sesmaria seria reduzida a meia *légua*⁷ quadrada. Bonifácio queria ainda que na regularização das terras oriundas de posse seus donos também fossem obrigados, num prazo fixo e determinado, a cultivar suas terras, tornando-as produtivas, caso contrário as perderiam. Nos planos do Ministro, havia também a preocupação com a política de venda das terras concedidas, bem como em relação a proibir futuras doações de terras. Ressalte-se ainda que seus ideais incluíam a distribuição de terras para europeus pobres que residiam no Brasil, índios, mulatos e negros livres.

Contudo, tais ideias, por contrariarem radicalmente os interesses dos sesmeiros e dos grandes posseiros, foram combatidas e sequer postas em prática. No entanto, o então príncipe regente D. Pedro I, em 1821, através de uma resolução, suspendeu a concessão de sesmarias. Dessa maneira as preocupações se voltam para a figura do posseiro, sendo este responsável pelo desenvolvimento da agricultura e por dar uma função a terra. Por outro lado, já não se acreditava mais que o sistema de sesmaria funcionasse de verdade e que a agricultura se desenvolvesse como o esperado. Interessante notar que já se vislumbra a questão da propriedade privada e a função para a mesma, gerando sua importância para o contexto econômico. A partir da edição dessa resolução imperial, “não se permitiam novas concessões de sesmaria, nem se

6 Estadista brasileiro, ministro do Reino e dos negócios estrangeiros entre 1822 e 1823. Nasceu em Santos/SP em 1763 e faleceu em Niterói/RJ, em 1838. Considerado “Patriarca da Independência”.

7 Unidade de medida métrica utilizada em Portugal, Brasil e em outros países até a introdução do *sistema métrico* internacional. No Brasil variava entre os atuais 2 a 7 quilômetros.

admitiam as novas posses, porém reconheciam aquelas ocorridas antes da “resolução”; mesmo assim, os problemas continuaram devido à dimensão continental do país, e porque não havia fiscalização suficiente, os números de posseiros continuaram a aumentar, bem como as concessões ilegais de terras.

No limiar do século XX é que o Brasil consegue estruturar melhor seus posicionamentos teóricos acerca do instituto da Posse e da Propriedade. No tocante a posse, desde a edição do código Civil de 1916 a corrente predominante é que a trata como um direito o qual se coaduna e se concretiza diante da “*ontognoseologia*” de Miguel Reale, partindo da premissa de que o direito é integrado por *fato, valor e norma*.⁸ Observa-se ainda que em paralelo existe outro fator considerável: “Culturalismo Jurídico”, isto é, o aspecto subjetivo que envolve o aplicador do direito e o seu destinatário, em que o juiz poderá em seu julgamento analisar a referida questão num prisma que considere: *experiência, cultura e história, próprias do Magistrado e do meio social envolto a este*.

Assim sendo, pode-se conceituar a posse como o exercício de fato, pleno ou limitado, de algum dos poderes do proprietário (usar, gozar e dispor da coisa). Assim, será possuidor quem, independente de ser titular de um direito, comporta-se em face de uma coisa como se o fosse, de acordo com o artigo 1.196⁹ do Código Civil 2002.

Discorrendo ainda sobre o instituto da posse no ordenamento jurídico brasileiro, Carlos Alberto Gonçalves (2013, p. 45) aduz sobre o direito daquele que a detém: “O nosso direito protege não só a posse correspondente ao direito de propriedade e a outros direitos reais como também a posse figura autônoma e independente da existência de título.”

Sobre e a proteção e conservação, Gonçalves (2013) corrobora:

A posse é protegida para evitar a violência e assegurar a paz social, bem como porque a situação pelo fato apresenta ser uma situação de direito. É, assim, uma situação de fato protegida pelo legislador. [...] Se alguém, assim, instala-se em um imóvel e nele se mantém, mansa e pacificamente, por mais de um ano e dia, cria situação possessória, que lhe proporciona direito de proteção (GONÇALVES, 2013, P. 46).

No tocante à propriedade e sua correlação com a posse, é necessário destacar, em primeiro plano, o aspecto da função social (elemento subjetivo), uma vez que não basta mais que o proprietário usufrua do seu bem com a única finalidade de satisfazer os seus desejos, é mister que vise também o bem-estar de toda a coletividade. A Constituição Federativa do Brasil garante que a propriedade deve exercer a sua função social, sendo necessária a promoção de valores sobre os quais se funda todo o ordenamento. Tanto a propriedade privada urbana quanto a rural devem, à luz da CF/88, cumprir a sua função social, conforme PETTER (2012):

8 A Teoria Tridimensional do Direito trata-se de uma subsciência desenvolvida por Miguel Reale em sua Teoria do Conhecimento Jurídico, ou seja, a “Ontognoseologia Jurídica”. O fato exprime uma ideia sociológica do Direito, o valor uma determinação filosófica e a norma uma disposição jurídica (PAZ, 2005, p.3)

9 Art. 1.196 -Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade [SENADO FEDERAL, Novo Código Civil, 2013, p. 253].

Busca-se através dessa função social conciliar o benefício individual com o coletivo. Neste aspecto são exigíveis posturas ativas do proprietário. A propriedade cumpre a sua função social quando, além de oportunizar a realização da dignidade da pessoa humana, também contribuir para o desenvolvimento nacional e para diminuição da pobreza e das desigualdades sociais (PETTER, 2012, p. 77).

Portanto, o direito à propriedade não pode ser visto como puramente individual, “*especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*” (SILVA, 2010, p. 271).

Dessa forma, não basta ter uma propriedade e utilizá-la com o único fim de satisfazer os desejos individuais do detentor desse bem, é obrigatório que haja uma coincidência entre esses desejos individuais e a satisfação de preceitos constitucionais que tem como finalidade o bem-estar de toda coletividade.

Kildare Gonçalves Carvalho (2004, p. 407) leciona que a função social da propriedade corresponde a “uma concepção ativa e comissiva do uso da propriedade”, sendo a ação do proprietário voltada no sentido do bem comum. Os poderes e faculdades do dono do direito devem atender à coletividade. Diferentemente do que preconiza o Código Civil, “*a função social da propriedade vai além das limitações que lhe são impostas em benefício de vizinhos (...), pois elas visam ao benefício da comunidade, do bem comum, do interesse social*”.

Por fim, pode-se conceituar *propriedade*, a qual genericamente designa a qualidade que é inseparável de uma coisa, ou que a ela pertence em caráter permanente, já a *posse* literalmente exprime a detenção física ou material, ou seja, a ocupação da coisa. Assim, a posse se mostra uma situação de fato, em virtude da qual se tem “os pés sobre a coisa”, exprimindo uma relação física que se estabelece entre a coisa e a pessoa. Portanto, posse e propriedade trazem sentidos próprios e inconfundíveis: a posse é o poder de fato; a propriedade o poder de direito.

O proprietário, por seu turno, é aquele que tem o registro do seu imóvel perante o cartório de registro competente, dando publicidade e protegendo-o contra terceiros. Em razão disso, inspirou-se aquele velho ditado popular: *Só é dono quem registra!* (BETHONICO, 2012)

3 AS NEGRAS TERRAS

Os seres humanos, na sua jornada terrena, histórica, têm procurado superar seus limites e domínios, e uma das maneiras encontrada por alguns para sobrepor sua superioridade sobre o seu semelhante foi a escravidão, prática essa legitimada pelo racismo (embora não existam motivos e argumentos que justifiquem a escravidão, tampouco as práticas racistas). Submeter alguém ou um grupo social a uma situação de obrigação e servidão, sob ameaça de coação e castigos, outra pessoa conferindo até mesmo poderes de direito de propriedade, caracteriza uma situação de escravidão, e tal prática – institucionalizada durante séculos – permitia a essa pessoa apropriar-se da totalidade do produto do trabalho do escravo e dispor dele dispor como mercadoria, sem levar em conta sua autonomia e dignidade como indivíduo.

É nesse cenário de escravidão que no Brasil se desenvolveu o sentimento de posse e anseio pela propriedade da terra por parte dos africanos escravizados aqui desde o século XVI ao XIX, perpetuando a busca pelo reconhecimento mesmo pós a Abolição (1888) e ainda um século depois, com a Constituição Federal de 1988.

Assim, desprezando os primeiros proprietários e detentores da posse original das terras brasileiras, os indígenas, os colonizadores portugueses estabeleceram inicialmente o “sistema de capitânicas hereditárias¹⁰”, posteriormente as “sesmarias¹¹”, nos quais se observa a ideia da posse atrelada à moradia e à propriedade de escravos, conforme discorre o professor Pero de Magalhães Gandavo (2008):

Os mais dos moradores que por estas capitânicas estão espalhados, ou quase todos, têm suas terras de sesmaria [...] E a primeira coisa que pretendem adquirir são escravos [...] duzentos, trezentos escravos, como há muitos moradores na terra que não têm menos desta quantia e daí para cima. Estes moradores todos [...] favorecem muito os pobres que começam a viver na terra. [...] e nenhum pobre anda pelas portas a mendigar como nestes reinos (GANDAVO, 2008, P. 84-5).

Entre os séculos XVII até a metade do século XIX, predominou, de forma confusa, no ordenamento jurídico brasileiro, o instituto das sesmarias, pois para a concessão destas, o sesmeiro era obrigado a cumprir várias obrigações, e a principal residia no cultivo da terra. Contudo, vários sesmeiros não cumpriam essa cláusula *sine qua non*, dessa maneira se abria um precedente para o aparecimento da figura do posseiro, aquele que passou a ocupar e a cultivar sesmarias, quando não era o verdadeiro proprietário. Inicialmente essa posse pacífica estava centrada no pequeno agricultor, que ao passar do tempo ampliava suas lavras e não muito depois ampliava seus domínios, passando a se configurar em um grande latifundiário.

No período regencial brasileiro, entre 1831 e 1840, há uma nova tentativa em resolver o problema da terra no recém-país independente, proposto agora pelo regente Pe. Diogo Feijó, cuja proposta era democratizar o acesso a terra, introduzindo também a ideia do “direito à propriedade”, numa tímida tentativa de conter ou amenizar os efeitos da concentração de terras, as quais formavam verdadeiros latifúndios, em que alguns não chegavam a sequer a serem cultivados ou ocupados de forma produtiva. Assim, por esse projeto, a posse dos sesmeiros e dos grandes posseiros seriam legitimadas mediante critérios tais como: a detenção das terras por um prazo superior de dez anos; medição e demarcação coerentes com os documentos apresentados, bem como a área cultivada; e por fim os sesmeiros ainda ficariam com o encargo de, num prazo de cinco anos, cultivar suas terras, caso contrário teriam que vendê-las. No projeto do Pe. Feijó havia ainda a preocupação com a unidade familiar, isto é, as pequenas famílias produtoras, devido ao governo imperial ter uma preocupação com o poder e abusos dos grandes posseiros e sesmeiros, que detinham grandes porções de terras, mas não contribuíam para a economia agrária do país.

10 Denominação dada ao sistema de colonização posto em prática pelo governo português ao dividir o território brasileiro em certo número de lotes de terra, no século XVI (AZEVEDO, 1999, p. 87).

11 Terrenos incultos ou abandonados, entregues pela monarquia portuguesa, desde o século XVII, a pessoas que se comprometiam a colonizá-los dentro de prazos estabelecidos. [...] Uma Sesmaria media, em regra, cerca de 6.500m² [...] perdeu no Brasil até 1820 (AZEVEDO, 1999, p. 415).

Observa-se que algumas ideias de Bonifácio e Feijó foram timidamente postas em prática, como a tentativa, em 1838, de se fazer um levantamento das “terras devolutas¹²”, em um primeiro empenho verdadeiro de regularizar as concessões de sesmaria e a ocupação e distribuição de terras. Entretanto, somente em 1843, com o projeto dos deputados *Bernardo Pereira de Vasconcelos* e *José Cesário de Miranda Ribeiro*, é que se tem uma definição mais clara e efetiva das propostas anteriores, destacando pontos como a promoção da imigração de trabalhadores pobres (pois o trabalho escravo já dava sinais de fraqueza), além de frear a autorização de novas concessões de terras e regularizar as já concedidas desde 1822. Sobre o projeto, José Luiz CAVALCANTE (2005, p. 3-4) destaca três eixos e seus pontos:

- I - Regularização da propriedade territorial:
Revalidar as sesmarias caídas em comisso (ou seja, que não cumpriram as condições de doação);
Legitimar as posses de período superior a um ano e um dia e que não ultrapassem meia légua quadrada no terreno de cultura e duas léguas nos campos de criação;
Registrar e demarcar as posses num prazo de seis meses. Após esse prazo, aplicar multa e, caso após seis anos não tivessem sido demarcadas nem registradas, seriam incorporadas ao Estado.

- II - Atribuições do Estado:
Imposto territorial anual, cultivadas ou não;
Taxa de revalidação das sesmarias e legitimação das posses;
Promoção, pelo governo imperial, da venda de terras devolutas, em porções nunca inferiores a um ¼ de légua quadrada e reserva de terras para a colonização indígena e construção naval;
Proibição de novas concessões de sesmaria, somente terras na faixa de 30 léguas das fronteiras;
Proibição de novas posses.

- III - Colonização Estrangeira:
Os recursos, assim como os impostos arrecadados nas vendas de terras, serviriam para financiar a vinda de colonos livres.

Esses pontos, por serem ousados e contrariarem os interesses dos latifundiários e por não conjugar também com os interesses do Gabinete Ministerial, que estava nas mãos dos deputados do Partido Liberal, fizeram com que o projeto ficasse engavetado e somente em 1850, quando os conservadores assumem o Ministério, com a edição da Lei 601, de 1850, é que se há uma nova tentativa de se implantar as ideias discutidas desde 1821.

Ressalta-se que somente no ano de 1850 são trazidas duas importantes leis: a *Lei Eusébio de Queirós*, que colocava fim ao tráfico de escravos, e a *Lei da Terra*, ressaltando que na edição de ambas as leis há uma vertente de preocupação em enquadrar o Brasil no eixo do capitalismo internacional, uma vez que o sistema econômico agrário e escravocrata brasileiro não era compatível com

12 No período colonial, o termo “terra devoluta” era empregado para designar a terra cujo concessionário não cumpria as condições impostas para sua utilização, o que ocasionava a sua devolução para quem a concedeu: a Coroa. Com o tempo, esse termo passou a ter o significado de vago. (CAVALCANTE, 2005, p. 4)

o sistema econômico mundial, e aos poucos tais leis contribuíram para que a sociedade brasileira pudesse diversificar sua economia com investimentos em outras áreas, como bancos, ferrovias e comércio, sem falar que a propriedade da terra devia cumprir sua função econômica também.

Somente com a edição da Lei Imperial nº 601, de 1.850, a chamada *Lei de Terra*, essa situação confusa, advinda do sistema colonial português, começou a ser disciplinada de forma mais eficaz quanto à distribuição de terras brasileiras, o que se configurava como uma resposta às mudanças na economia mundial do capitalismo comercial do século XIX. Dessa forma a questão da posse e propriedade da terra, sob um novo prisma, é vista e tratada como importante objeto de troca, capaz de render bons lucros, atribuindo um aspecto mais comercial e não mais aquela visão simplista de status social que tinha o possuidor de terras até então. Observa-se, porém, que nasce um paradoxo: *o sistema agrário escravagista versus a pressão internacional do capitalismo e a industrialização*. Gerando a preocupação em ordenar juridicamente a posse da terra.

Com a edição da *Lei de Terra*, destacam-se pontos tais como: a compra da terra e não mais a doação pelo Imperador, assim a terra só seria adquirida pela compra, proibindo-se de vez a prática da sesmaria e da posse; permitida a venda das terras devolutas, entendidas como *todas aquelas que não estavam sob os cuidados do poder público em todas as suas instâncias (nacional, provincial ou municipal) e aquelas que não pertenciam a nenhum particular, sejam estas concedidas por sesmarias ou ocupadas por posse*.¹³ Entretanto, pontos cruciais, como *a regularização territorial e a imigração*, ainda não foram possíveis de serem implantados.

Em relação à posse, seria regularizada somente aquela que fosse cultivada ou que tivesse um caráter de moradia habitual do posseiro, sendo necessário também medir e fixar limites da propriedade num determinado prazo; não sendo cumpridos esses requisitos, a legitimação da posse não era efetivada. Sendo assim, o posseiro recebia apenas o título de posse, o que não o tornava proprietário e sim mero detentor da posse. Observando que se tivesse alguma posse dentro de uma sesmaria, seria reconhecido proprietário aquele que fez alguma benfeitoria; por outro lado, como destaca Ligia Osório SILVA: “A lei não só proibia a posse como também declarava que ‘os simples roçados, queimas de mato ou campos, levantamento de ranchos ou outros atos de semelhante natureza’ não eram considerados como tal” (SILVA, 1998, p. 189).

Em relação ao problema da imigração, essa *lei geral* determinava que poderia ser realizada a venda para estrangeiros e que estes ainda podiam se naturalizar; entretanto, na prática, as terras vendidas aos estrangeiros tinham preços majorados, o que fazia com que a compra se tornasse praticamente impossível devido ao valor tão alto.

Essa lei foi um verdadeiro marco, um avanço legislativo numa real tentativa de ordenar a questão da posse e propriedade das terras brasileiras e nos mais de vinte artigos seus houve uma tentativa histórica de corrigir alguns equívocos do Brasil colônia e uma certa ousadia ao estabelecer que o Estado poderia destinar terras para a colonização de áreas indígenas, para a fundação de povoados, abertura de estradas, fundação de estabelecimentos públicos e para a construção naval. Constituíam verdadeiramente a “mão do Estado” controlando de fato a terra e dessa maneira o Brasil passa encarar a terra como mercadoria e que pode gerar lucros.

13 Artigo 6º da Lei 601/1850.

A regulamentação e a efetivação dessa lei só foi possível em 1854, com a edição do decreto 1.318 de 30.01.1854, determinando que o registro da terra deveria ser feito numa paróquia de sua região. Quanto ao fato de se recorrer à Igreja Católica, Márcia M. Menendes MOTTA diz:

Utilizando-se dos registros paroquiais de terra – a Igreja era vista como um meio de divulgação, pois estava presente nas diferentes localidades do país –, o proprietário era obrigado a registrar sua terra: “os vigários paroquiais eram responsáveis de receber as declarações com duas cópias, possuindo o nome da terra possuída; designação da freguesia em que está situada; o nome particular da situação, se o tiver; sua extensão se for conhecida e seus limites” (MOTTA, 1998, p. 161).

Com a ajuda da Igreja, o Governo Imperial ainda buscou criar a “Repartição Geral das Terras Públicas”, cujo objetivo era medir, dividir e descrever as possíveis terras devolutas, e ainda criando a figura do “Juiz Comissário”, que atuava nas províncias, cuja atribuição era autorizar as medições e demarcações de terras que já constavam nos registros das paróquias.

Cabe ainda ressaltar que apesar das preocupações e esforços em prol do disciplinamento jurídico brasileiro no século XIX, no tocante à questão da terra, não foi possível ainda estabelecer um parâmetro legal sólido, e, conforme atesta Thomas H. Holloway:

A Lei de 1850 e sua regulamentação, em 1854, foram um fracasso. Poucas sesmarias foram revalidadas ou posses foram legitimadas, conforme exigia a lei. O governo imperial abandonou a inspeção de terras públicas em 1878, depois de ter realizado pouquíssimo para impor a lei (HOLLOWAY, 1984, p. 173).

Dessa maneira, a Lei de Terra e seu desdobramento nos leva a crer que a referida norma não teve seu alcance almejado, pois havia um choque direto com os interesses da elite agrária brasileira e políticos que se beneficiavam com tal situação, então a terra permaneceu sem o devido controle estatal, e de certa forma se pode afirmar que a Legislação desse período só confirmou a tradição latifundiária do Brasil e somente com o advento da República, em 1889, é que se passou a dar outro caráter a esta questão: *a codificação*.

O Século XX inaugura um novo momento no pensar jurídico brasileiro, a economia se encaixava aos modos da política internacional capitalista, o trabalho, o lucro e a *mais valia* também eram elementos presentes ou a serem considerados no discutir da posse e propriedade da terra; dessa forma, e embalados com o processo de “*Codificação do Direito*”, tem-se nos projetos e análises, por renomados juristas da época, a preocupação com o tema direitos reais e a teoria possessória; assim inaugura-se uma preocupação mais acadêmica e não de gabinetes e dessa maneira a posse e a propriedade foram devidamente detalhadas no *LIVRO II - Do direito das coisas - TÍTULO I: Da posse e Título II: Da Propriedade* no Código Civil de 1916. Captando o espírito das teorias de Savigny e de Ihering, perpassando até para o Código Civil de 2002, conforme nos diz o Ministro do STF Teori A. ZAVASCKI:

Fenômenos jurídicos autônomos, posse e propriedade convivem, de um modo geral, harmonicamente, em relação de mútua complementaridade, refletindo, cada um deles, princípios constitucionais da Posse na Constituição e no Novo Código Civil não excludentes, mas, ao contrário, também complementares um do outro (ZAVASCKI, 2005, p. 2-3).

Ressalta-se que, apesar de ter havido uma preocupação jurídica objetivando uma forma eficiente e eficaz na ocupação, distribuição e legalização da posse e propriedade das terras brasileiras, temos, à margem desse sistema, as *negras terras*, ou melhor, os *quilombos*¹⁴.

Os quilombos estão vinculados à ideia de resistência ao regime de escravidão imposta pelos colonizadores portugueses a povos do continente africano e que perdurou no Brasil por cerca de 300 anos, representados por grupos de africanos que não se submeteram à escravidão no Brasil e se constituíram a partir de uma gama de meios de resistência como fugas, posse de terras abandonadas e, de forma rara, até a compra e doação de terras por serviços prestados aos donos das terras ou ao Estado.

Embora os quilombos tivessem esse aspecto de resistência, observa-se que, mesmo durante a escravidão, não eram lugares isolados nem distantes dos centros urbanos, ou ainda verdadeiras fortalezas intransponíveis, uma vez que as terras quilombolas, apesar de manterem uma agricultura de subsistência, estabeleciam laços de comércio com a sociedade circundante.

Com a devida vênia, o fim da escravidão brasileira em 1888 não representou o fim de tais grupos marginalizados, tampouco o reconhecimento da posse e propriedade desses territórios quilombolas, pelo contrário, somente após um século, em 1988, com a promulgação da nova Constituição, é que houve a preocupação de finalmente perceber a existência de tais comunidades quilombolas remanescentes, e somente a partir daí é que o Estado Brasileiro assegura o direito à propriedade de suas terras.

Mesmo tendo a Constituição de 1988 dado visibilidade e procurado reconhecer a propriedade das *terras negras* ou *quilombos modernos*, verifica-se que na prática tal direito é um longo caminho de pedras e espinhos. Na última década, porém, a luta de homens e mulheres tanto no campo social quanto no jurídico tem conseguido efetivar e fazer justiça histórica, como atesta José Maurício Arruti:

Trata-se de uma categoria social relativamente recente, representa uma força social relevante no meio rural brasileiro, dando nova tradução àquilo que era conhecido como comunidades negras rurais (mais ao centro, sul e sudeste do país) e terras de preto (mais ao norte e nordeste), que também começa a penetrar o meio urbano, dando nova tradução a um leque variado de situações que vão desde antigas comunidades negras rurais atingidas pela expansão dos perímetros urbanos até bairros no entorno de terreiros de candomblé (ARRUTI, 2006, p. 26).

Não se pode esconder ou negar a existência das comunidades quilombolas modernas, embora no Brasil ainda não existam dados mais precisos e atuais sobre a sua realidade. Todavia diversos grupos e entidades não governamentais têm apontado dados e os mesmos vêm sendo respaldados pela Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República (SEPPIR), que, no ano de 2010, afirmava existirem 3.524 comunidades quilombolas identificadas, porém somente 1.527 dessas comunidades constam do Cadastro Geral de Remanescentes de Comunidades de Quilombos da Fundação Cultural Palmares. Assim descreve a pesquisadora Mara Vanessa Fonseca Dutra:

14 Nome dado às comunidades negras compostas, na sua maioria, por escravos fugitivos ou revoltosos, sem prejuízo de outros que, recém-chegados da África, procuravam esses agrupamentos (AZEVEDO, 1999, p. 378).

Há de se ressaltar a grande lacuna quanto às informações censitárias (governamentais ou não) sobre as comunidades quilombolas. Os estudos disponíveis ainda são insuficientes para nos fornecer um quadro geral da situação das comunidades quilombolas no Brasil, embora apresentem alguns dados relevantes sobre grupos ou regiões específicos. Contudo, ainda não se dispõe de levantamentos ou estimativas confiáveis sobre sua população ou sobre a dimensão de seus territórios (DUTRA, 2011, p. 17).

Diante da presença histórica da escravidão em todo território brasileiro por vários séculos, ficou o rastro dessa presença; porém, e segundo dados do governo, somente em dois estados brasileiros, Acre e Roraima, não se tem notícia de alguma comunidade quilombola remanescente ou que tenha existido, mas no restante do país há registro confiável, observando que em sua maioria tais comunidades se encontram nas áreas rurais.

De maneira geral, pode-se caracterizar uma comunidade quilombola remanescente *pelelo uso comum de terras, coletiva e indivisível de forma ocupada e explorada por normas consensuais entre os diversos grupos familiares que compõem as comunidades, cujas relações são orientadas pela solidariedade e ajuda mútua*¹⁵. Esses territórios culturais e étnicos formam a essência para a sobrevivência desse grupo social e assim garantir o direito à propriedade dessas negras terras é também assegurar a manutenção e preservação de suas tradições, costumes e honrar a luta de seus ancestrais. Já a legislação brasileira aponta para efetivação do direito à propriedade das terras quilombolas e sua titulação, com o preenchimento de vários requisitos, de acordo com o artigo terceiro do Decreto nº 4.887¹⁶ de 20/11/2003, em que se considera também o parecer técnico de antropólogos e historiadores devidamente credenciados e chancelados pelo INCRA.

Nota-se que há uma diferenciação na titulação das terras quilombolas, uma vez que na regularização fundiária tradicional, *onde de maneira geral se distribui lotes individuais para cada família, padronizados de acordo com o tipo de exploração, na maioria agrícola, e a localização do imóvel*. (DUTRA, 2011, p.17). Por outro lado, se o direito brasileiro estabelece um procedimento diferenciado às comunidades quilombolas sobre o seu devido título da terra, pois a posse há várias décadas já é efetiva, verifica-se ainda hoje que desde 1988 apenas 216 comunidades contam com o título de propriedade de seu território, o que representa cerca de 7% da totalidade estimada de 3.000 comunidades no Brasil¹⁷.

15 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA, "Documento do Grupo de Trabalho sobre Comunidades Negras Rurais", Rio de Janeiro, 17/18 de outubro de 1994.

16 Art. 3º Compete ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sem prejuízo da competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1º O INCRA deverá regulamentar os procedimentos administrativos para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, dentro de sessenta dias da publicação deste Decreto.

§ 2º Para os fins deste Decreto, o INCRA poderá estabelecer convênios, contratos, acordos e instrumentos similares com órgãos da administração pública federal, estadual, municipal, do Distrito Federal, organizações não governamentais e entidades privadas, observada a legislação pertinente.

§ 3º O procedimento administrativo será iniciado de ofício pelo INCRA ou por requerimento de qualquer interessado.

§ 4º A autodefinição de que trata o § 1º do art. 2º deste Decreto será inscrita no Cadastro Geral junto à Fundação Cultural Palmares, que expedirá certidão respectiva na forma do regulamento.

17 Dados da Comissão Pró-Índio de São Paulo – junho/2014. Disponível em: <<http://www.cpisp.org.br/terras>>

Verifica-se que a Constituição Federal de 1988 garantiu às comunidades quilombolas o direito à propriedade de suas terras, porém os trâmites para a efetivação desse direito, como a identificação e titulação das terras, são norteados pela legislação federal estaduais. No âmbito federal, o órgão responsável é o INCRA, conforme designado no Decreto Federal nº 4.887, de 2003, juntamente com a Instrução Normativa do INCRA nº 57, de 2009. Observa-se que algumas comunidades que almejam o reconhecimento do seu direito reclamam da lentidão e burocratização.

Os avanços do Decreto 4.887/2003, no entanto, foram minados pelo próprio governo ao longo dos anos e à medida que as pressões contrárias às titulações das terras quilombolas foram crescendo, como as ações de inconstitucionalidades no Supremo Tribunal Federal. No aspecto das diretrizes internas do Incra e da Fundação Cultural Palmares, há uma série de empecilhos burocráticos nos procedimentos para a regularização das terras quilombolas que tornaram o processo mais moroso e custoso e, conseqüentemente, mais difícil de ser concluído.

Tito Cezar dos Santos NERY afirma que:

Mais do que emissão de títulos de propriedade, a regularização fundiária para as áreas remanescentes de quilombos trata-se de uma *reparação histórica* – ainda que parcial – e do *reconhecimento público* da contribuição dada pelos quatro milhões de africanos escravizados e seus descendentes na edificação do Brasil (NERY apud MALLMANN, 2011, p. 268).

Já sobre a proteção constitucional dada às comunidades quilombolas, Daniel Sarmiento escreve:

(...) cuida-se também de uma medida reparatória, que visa a resgatar uma dívida histórica da nação com comunidades compostas predominantemente por descendentes de escravos, que sofrem ainda hoje os efeitos perversos de muitos séculos de dominação e de violações de direitos (SARMENTO, apud MALLMANN, 2011, p. 268).

Dessa maneira, verifica-se que essas preocupações também existem no aspecto legislativo estadual, apenas nove Estados contam com leis próprias disciplinando o processo para a regularização das terras de quilombo: Bahia, Espírito Santo, Maranhão, Pará, Paraíba, Piauí, Rio Grande do Norte¹⁸, Rio Grande do Sul e São Paulo. De forma geral, as normas estaduais definem procedimentos mais céleres e eficazes para identificação, delimitação e titulação das terras quilombolas. E, por isso, têm se constituído num importante instrumento de garantia de direitos.

Observa-se que as comunidades quilombolas se caracterizam pela prática do sistema de uso comum de terras, concebidas como um espaço coletivo e indivisível. O território é ocupado e explorado por meio de regras consensuais entre os diversos grupos familiares que com-

18 Lei Estadual nº 9.104, de 09 de junho de 2008.

põem as comunidades, cujas relações são orientadas pela solidariedade e ajuda mútua. Seus territórios étnicos constituem um dos pilares de sua existência como grupo social. Portanto, assegurar aos quilombolas o direito à propriedade de seus territórios é garantir não somente a sua sobrevivência física, mas também a sua cultura e modo de vida próprio.

Tais características determinam que a titulação das terras quilombolas se diferencie da regularização fundiária mais habitual, que costuma distribuir lotes individuais para cada família, padronizados de acordo com o tipo de exploração, na maioria agrícola, e a localização do imóvel.

Embora o direito das comunidades quilombolas à propriedade das terras originárias/ocupadas esteja assegurado na Constituição desde 1988, apenas 185, uma ínfima parcela de 6% das 3.000 que se estima existirem, lograram regularizar seus territórios. Dos 104 territórios quilombolas regularizados, 25 foram tramitados pelo governo federal, 75 por governos estaduais e outros por meio de títulos concedidos pelo governo federal e governos estaduais (cada um para uma porção do território), somando 971.376,0752 hectares onde reside uma população estimada em 11.491 famílias até o ano de 2011.

Não basta ter o direito a terra escrito, é preciso efetivá-lo, uma vez que as comunidades quilombolas vivenciam uma situação de desigualdade socioeconômica e de violação de direitos humanos, econômicos, sociais, culturais e ambientais. A morosidade do governo na efetivação das titulações agrava o problema e coloca os quilombolas em situação de vulnerabilidade, mais suscetíveis que ficam às crescentes pressões do agronegócio, da mineração, de empreendimentos de infraestrutura e dos programas governamentais de “segurança nacional”. Conseqüentemente, muitas comunidades têm o acesso aos recursos naturais dos seus territórios cerceado pela ação de terceiros. Outras sofrem com os impactos ambientais de empreendimentos vizinhos ou sobrepostos às suas terras, tais como hidroelétricas, madeireiras e mineradoras.

A insegurança quanto a terra e à moradia dificulta o planejamento e a adoção de medidas voltadas para o desenvolvimento sustentado dos territórios quilombolas e afeta, entre outros, o direito à alimentação adequada.

4 A POSSE E A PROPRIEDADE DA COMUNIDADE QUILOMBOLA BOA VISTA DOS NEGROS

A comunidade remanescente quilombola Boa Vista dos Negros está localizada no município de Parelhas, na região do Seridó, no estado do Rio Grande do Norte (FIGURA 1), a cerca de 250km da capital, Natal. Segundo o IBGE¹⁹, em estimativa de 2014, uma população de 21.387 habitantes para uma área total de 513.056 km². A municipalidade conta com serviços regulares de água e energia elétrica, uma agência do Banco do Brasil, serviço notarial, fórum judicial, registrando-se ainda duas maternidades e sete postos de saúde.

19 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – Disponível em <http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?codmun=240890> acesso em 03 out 2014.

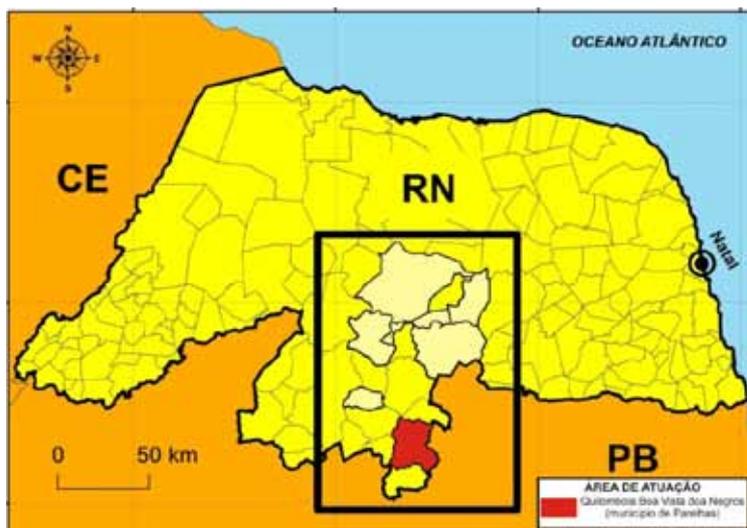


Figura 1: Mapa da Área de Atuação da Comunidade Quilombola Boa Vista dos Negros (INCRA)

O território da comunidade é distante 15 km da sede municipal (Parelhas), sendo uma área de 445 hectares²⁰. Seu espaço é ocupado por uma área habitada, com casas em alvenaria, e outra parte dedicada ao plantio e criação de peixes (*traíra, tilápia, cumatá, tambaqui, piaba e carpa*) e animais domésticos (*galinha, bode, gado*), compondo uma economia de subsistência, complementada pelo trabalho nas cerâmicas que circundam o território. Dentro ainda do limite geográfico da comunidade, encontram-se dois açudes, trinta casas, um posto de saúde (denominado Mãe Gardina, em homenagem à parteira da comunidade), uma escola municipal (Maria Serafina de Jesus), uma igreja católica (Nossa Senhora do Rosário), uma quadra de esportes, um mini campo de futebol, uma praça e na via principal existem dois bares. Por fim, há ainda uma casa de jogos eletrônicos (*lan house*) com acesso à internet e também vídeos games (PS3).

Quanto às origens e fundação da comunidade Boa Vista dos Negros, pela ausência maior de dados documentais, recorre-se à história oral e à memória genealógica para que se possa fornecer legitimidade ao grupo, observando a questão do sentimento de pertencer, de fazer parte do local, ultrapassando a mera questão da posse da terra. Dentro desse contexto, conforme estabelece a legislação atual, que ressalta a importância da autoatribuição, bem como as características culturais, soma-se o fator da ancestralidade, de acordo com as narrativas colhidas pela antropóloga da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Dra. Julie A. Cavignac, que coordenou os estudos antropológicos, sócio-históricos²¹, conforme exigência legal para o reconhecimento do título de terra quilombola.

Dessa maneira, e sustentando-se na tradição oral, os quilombolas reconhecem de maneira uniforme o povoamento inicial da localidade, haja vista a versão histórica apresentar, de forma unânime, as circunstâncias que envolvem grupos sociais e étnicos diferenciados, posto que de

20 Decreto de 21 de novembro de 2012 – D.O.U 22/11/2012 – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Dsn/Dsn13480.htm Acesso em 24 set 2014.

21 Relatório Antropológico de Caracterização Histórica, Econômica e Sócio Cultural - convênio celebrado entre a UFRN e o Incra/RN, 2006/2007.

um lado tem-se a figura mítica de Tereza, mulher negra, pobre e migrante; e do outro lado, o nobre e gentil fazendeiro Coronel Gurjão, dono da fazenda Boa Vista. E desse encontro, numa parte específica da propriedade, instalou-se Tereza (grávida), seu pai e suas irmãs. Na ausência de fontes documentais, a narrativa nos mostra importante fonte, conforme atesta a profa. Julie CAVIGNAC (2007), em entrevista a um dos moradores mais antigos da comunidade:

[...] começou de uma Tereza. Essa Tereza, dizem que era *negra retirante*, vinha de não sei d'aonde, vinha bem de lá (R). Porque ninguém sabe d'adonde essa Tereza vinha. Agora, quando chegou, era um ano seco. O ano era seco quando chegou aqui. Tinha um tal de um coronel Gurjão. Essa Tereza ficou na casa dele, como *criada*, como sendo da casa, criada da casa. *Ela não ficou como escrava*. Ela ficou como criada da casa, e quando *ele passou esses negócios de terreno* aqui de Boa Vista *para ela*, esse coronel Gurjão, mas ninguém sabe quando foi isso... Porque minha avó é de 1825, a minha avó. E minha bisavó, de onde já vem? (R) Eu já sou da quinta geração dela, dessa Tereza. A Tereza, o primeiro filho dela foi Domingo. De Domingo, foi Roberto. De Roberto, foi Inácio. De Inácio, foi Antônio, que justamente é meu pai. Ninguém ouviu falar do marido dela. O filho, o primeiro foi Domingo, o outro foi Roberto e o outro foi Inácio, justamente meu pai era filho desse Inácio. Esse Inácio era bisavô de Francisca e ela é filha de Zé Vieira... Imbém era irmã do meu pai. O meu avô, por parte de pai, nasceu aqui e aí foi a família todinha... (CAVIGNAC, 2008, p.14)

Nessa narrativa se revelam dados sobre as circunstâncias da chegada dos primeiros moradores, a divisão das terras entre os diferentes posseiros; ressalta-se ainda a referência ao encontro inicial entre uma “retirante” e um fazendeiro, assim como, na reiteração da genealogia das famílias, consolida-se e se reelabora parte da identidade coletiva. Todos reconhecem um ancestral comum, Tereza, que teria sido “adotada²²” por um fazendeiro. Dessa forma, os “negros” afirmam-se como grupo étnico, distinguindo-se dos seus vizinhos “brancos” – os *Barros* e os *Lucianos*.

Não há uma data exata da chegada da Tereza a Fazenda e, pelas entrevistas e pelos poucos documentos encontrados na Paróquia e arquivos históricos, pode-se deduzir que tal fato teria ocorrido na segunda metade do século XVIII. “O tempo evocado remete à época em que as terras eram doadas e existia uma relação amigável entre os grandes proprietários fundiários e os seus moradores.” (CAVIGNAC, 2008, p.14).

Em relação ao debate em torno do direito à propriedade da terra atualmente, trazem-se à luz da discussão as normas institucionais e jurídicas no tocante às comunidades remanescentes de quilombos, conforme aduz BORBA (2006):

A técnica institucional reconhece como proprietário somente aquele que prova seu domínio por meio documental. Em se tratando de comunidades historicamente alijadas dos mecanismos estatais, sobreleva-se a importância dos argumentos dos próprios sujeitos – únicos capazes de retratar a memória territorial daquela localidade. Assim, resgatar o modo de vida e a memória de uma comunidade remanescente de quilombo, a partir da narrativa de seus membros, significa elevar esta expressão única a uma posição simétrica à do discurso jurídico-institucional (BORBA, 2006, p. 03).

22 Algumas narrativas apontam um suposto caso amoroso entre a negra Tereza e o fazendeiro Gurgel, e que o mesmo teria doado parte de suas terras a sua amante (CAVIGNAC, 2007).

Temos então dois lados da mesma moeda do mecanismo funcionalista da política de regularização fundiária: de um lado a questão do direito legal, uma vez que a comunidade é de fato possuidora da terra por alocar-se nela por um determinado período de tempo (direito material); e de outro o sentido de direito imaterial, pois a relação de posse do território é efetivada pela construção histórica, genealógica e afetiva.

A posse é categoria do pensamento jurídico decorrente da necessidade natural do ser humano de assenhoração de coisas como meio de subsistência. Instituto que se desenvolveu mais por essa realidade humana que por critérios puramente técnicos ou doutrinários. [...] Mais que uma concepção social, jurídica ou econômica, a disciplina do instituto da posse decorre de um estado de fato. A posse pressupõe um poder – um domínio – sobre algo (MILAGRES, 2011, P. 7).

Em contexto de posse amigável e pelo seu caráter histórico e étnico, no ano de 2004, com as novas possibilidades legais de se obter o efetivo título da terra quilombola, fundou-se a Associação de Desenvolvimento da Comunidade Negra de Boa Vista – ADECOB. E no ano de 2007 fica pronto o relatório Antropológico de Caracterização Histórica, Econômica e Sociocultural e, em 17 de fevereiro de 2011, é publicada a Portaria 74 do INCRA, constituindo o primeiro passo concreto, mas somente em 2012, após cinco anos de tramitação, é publicado finalmente o decreto presidencial de 21 de novembro, que *“Declara de interesse social, para fins de desapropriação, os imóveis sob domínio privado válido abrangidos pelo território da comunidade remanescente do quilombo Território Quilombola Boa Vista dos Negros, situado no Município de Parelhas, Estado do Rio Grande do Norte, e dá outras providências”* (D.O.U, 22/11/2012). Entretanto, esse processo encerra com a concessão do título de propriedade à comunidade, que é coletivo, pró-indiviso e em nome da associação dos moradores da área, registrado no cartório de imóveis, sem qualquer ônus financeiro para a comunidade beneficiada. Os títulos garantem a posse da terra, além do acesso a políticas públicas como educação, saúde e financiamentos por meio de créditos específicos (INCRA, 2011).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se atualmente uma busca por “justiça histórica”, uma iniciativa de se legitimar o direito à posse dos remanescentes quilombolas, que para tanto são reconhecidos pela sua identidade étnica como sujeitos de direitos fundiários e histórico-culturais. E, pelo disposto no Artigo 68²³, há uma inovação no plano do direito fundiário, por procurar reconhecer as comunidades negras não apenas como espaços meramente culturais e sim pelo direito real da posse e propriedade da terra dos seus ancestrais.

Os remanescentes de quilombos são considerados os grupos que desenvolveram práticas de resistência na manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos de um determinado

23 **Art. 68.** Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - TÍTULO X - ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS).

lugar, cuja identidade se define por uma referência histórica comum, construída a partir de vivências e valores partilhados. Desse modo, eles constituíram grupos étnicos.

Apesar dessa tentativa do legislador em garantir os direitos das comunidades quilombolas, vê-se na prática uma enorme desigualdade socioeconômica, aliada ao fator da morosidade governamental na efetivação das titulações; deixando, pois, essas comunidades vulneráveis e sujeitas às pressões do agronegócio e da mineração, dentre outras ameaças.

Por fim, não basta ter o título da terra e o direito reconhecido, é preciso também criar mecanismos e condições para que esse direito seja exercido de forma plena; porém não se verificam programas ou políticas governamentais que visem proteger os territórios quilombolas e seus recursos naturais dos impactos de grandes projetos, das ameaças de invasões e tampouco das consequências das mudanças climáticas.

REFERÊNCIAS

ARRUTI, José Maurício. **Mocambo, antropologia e história do processo de formação quilombola**. Bauru: EDUSC, 2006.

ANDRADE, Lúcia Mendonça Morato de (org.). **Comunidades quilombolas e direitos territoriais**. São Paulo: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 2006.

AZEVEDO, Antonio Carlos do Ama. **Dicionário de Nomes, Termos e Conceitos Históricos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BRASIL. Actos do Poder Legislativo. 1850. (Coleção Leis do Brasil). Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/leis-do-imperio-1> Acesso em 03 set 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – 4. ed. – Brasília : Secretaria de Documentação, 2011.

BRASIL. Legislação Quilombola Condensada. Distrito Federal: INCRA, 2011. Disponível em: <<http://www.incra.gov.br/index.php/estrutura-fundiaria/quilombolas/file/107-legislacao-quilombola-condensada>> acesso em 15 ago 2014.

CAVIGNAC. Julie, A. A etnicidade encoberta: 'Índios' e 'Negros' no Rio Grande do Norte. In: Revista de humanidades. Publicação do Departamento de História e Geografia da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ensino Superior do Seridó – Campus de Caicó. V.4 - N.8 - abr./set. de 2003.

CESE. Identidade Negra – **Direitos Humanos e Fortalecimento das Organizações Populares**. Salvador, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos constitucionais dos quilombos** In: Gazeta Mercantil, Caderno A., março de 2009, p.1023.

DUTRA, Mara Vanessa Fonseca. **Direitos Quilombolas: um estudo do impacto da cooperação ecumênica**. Rio de Janeiro: KOIONIA, 2011.

GADELHA, Regina M. D'Aquino Fonseca. **A lei de terra (1850) e a abolição da escravidão, capitalismo e força de trabalho no Brasil do século XIX**. Revista de História, São Paulo, n.º 120, pp. 153-162, jan./jul. 1989.

GANDAVO, P. M. de. História da Província de Santa Cruz. São Paulo: Hedra, 2008.

GUIMARÃES, Gilberto Passos. **Quatro séculos de latifúndios**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

HOLLOWAY, Thomas H. **Imigrantes para o café: café e sociedade em São Paulo, 1886-1934**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

IBGE. Censo Demográfico 2010. Brasília: IBGE, 2010. Consultado em http://www.censo2010.ibge.gov.br/resultados_do_censo2010.php, em 10 out 2013.

INESC – Instituto de Estudos Socioeconômicos. 2005. **Quilombolas: o direito étnico à terra Orçamento & Política Socioambiental: Ano IV, n. 13, junho de 2005**

LEITE, Ilka Boaventura. **Quilombos e quilombolas: cidadania ou folclorização? Horizontes antropológicos: diversidade cultural e cidadania**. Porto Alegre: PPGAS, v. 05, n. 10, maio/1999, página 41.

LIMA, Ruy Cirne. **Pequena História territorial do Brasil: sesmaria e terras devolutas**. São Paulo: Arquivo do Estado, 1991.

MALLMANN, Germene. **As comunidades remanescentes de quilombo e o art. 68 do ADCT: propriedade da terra, reconhecimento e cidadania**. Revista de Direito Brasileira, Florianópolis, CONPEDI, 2011.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **O espaço urbano no código civil e no estatuto da cidade**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, v. 23, p. 69-94, 2011.

_____. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011.

MONTELLATO, Andrea Rodrigues Dias (et al.). **História temática: terra e propriedade (7ª série)**. São Paulo: Scipione, 2000.

MOTTA, Márcia M. Menendes. **Nas fronteiras do poder: conflito e direito à terra no Brasil do século XIX**. Rio de Janeiro: Arquivo Público do Rio de Janeiro, 1998.

PIRES, Célia Maria Carolino (org.). **Parâmetros curriculares nacionais: história**. Brasília: Secretaria de Educação Fundamental, 1998.

SILVA, Ligia Osório. **Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850**. Campinas: Editora da Unicamp, 1996

TRECCANI, Girolamo D. **Terras de Quilombo - Caminhos e entraves do processo de titulação**. Belém: Secretaria Executiva da Justiça/Programa Raízes, 2006, 77p.

VIANNA, Manoela (Org.). **Identidade e Desenvolvimento: ação e pensamento de comunidades negras rurais, quilombolas e Terreiros de Candomblé**. Rio de Janeiro: KOINONIA Presença Ecumênica e Serviço, 2008. 84 p.

VIEIRA, Isabel Cristina Groba. In: ANDRADE, Lúcia M. M. de (Org.) **Desafios para o Reconhecimento das Terras Quilombolas**. São Paulo: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1997, pp. 51-52.

ZAVASCKI, Teori Albino. **A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 5, p. 50-61, jan./jun. 2005.

DIREITOS DA PERSONALIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA APLICAÇÃO NO STJ

Augusto César Costa Bezerra¹

Danilo Gurgel Dávila²

RESUMO

O contexto da sociedade da informação exige novos modos de interpretação dos direitos da personalidade, principalmente quando considerada a realidade de vigilância vivenciada nos dias atuais. Nessa conjuntura, é mais fácil e comum a re inserção no cotidiano de fatos do passado, muitas vezes vexatórios e que não produzem real interesse público. Buscando a proteção do indivíduo em sua dignidade, a doutrina e jurisprudência vêm reconhecendo o direito ao esquecimento. Sua aplicação pretende demonstrar a existência de um limite temporal para que as informações e dados pessoais permaneçam públicos. Nesse diapasão, o presente trabalho tem por finalidade apresentar o direito ao esquecimento como um direito da personalidade autônomo. Bem como, a partir da análise de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, delimitar seu espectro de incidência. Por fim, é importante ressaltar que o direito de ser esquecido não se trata de um papel em branco no qual o indivíduo pode reescrever sua história, uma vez que sua incidência é limitada pelos critérios de veracidade e interesse público na informação.

Palavras-Chave: Direito ao Esquecimento. Privacidade. Identidade Pessoal. Sociedade da Informação.

PERSONALITY RIGHT ON CONTEMPORARY SOCIETY: THE RIGHT TO BE FORGOTTEN IN ORDER TO PROTECT HUMAN DIGNITY AND ITS APPLICATION BY THE BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE

ABSTRACT

The context of information society demands new interpretations of personality rights, especially considering today's reality. In this conjuncture, it is easier and more common to have incidents from the past, usually embarrassing ones and that do not get public concern, reinsert in daily life. Aiming at protecting the individual in what regards to dignity, the doctrine and jurisprudence recognize the right to be forgotten. Its application intends to demonstrate the existence of a temporal limit for personal data and information to remain public. In this context, the present article aims at presenting the right to be forgotten as an autonomous personality right. Likewise, previous analysis from the Brazilian Superior Court of Justice delimit its spectrum of incidence. Finally, it is important to highlight that the right to be forgotten is not a blank paper on which the individual can rewrite his history, once its incidence is limited by the veracity and public interest criteria on such information.

Keywords: Right to be forgotten. Privacy. Personal Identity. Information society.

1 Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte, Natal – RN. E-mail: a.cesar@folha.com.br.

2 Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte, Natal-RN. E-mail: danilogdavila@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O direito ao esquecimento surge no contexto da sociedade da informação como uma faculdade do indivíduo de retirar do âmbito público, perpassado certo intervalo temporal, dados e informações a seu respeito, ainda que originalmente verídicos e publicados licitamente. Sua aplicação surge num momento em que são necessários mecanismos eficazes para enfrentar os prejuízos e abusos provocados pela alta velocidade com que as informações vêm sendo perpetuadas.

Com base nisso, sua aplicação busca demonstrar a existência de um limite temporal para a publicidade da informação. Nessa vereda, a problemática a ser debatida no presente artigo envolve questionamentos como: a pessoa humana está obrigada a conviver eternamente com os erros de sua vida pretérita? Ou ainda: até que ponto a eternização de um dado ou notícia pode influir negativamente no desenvolvimento pessoal e social do sujeito?

Nesse liame, deve-se estudar o assunto proposto a partir das inovações conceituais acerca dos direitos da personalidade e da sua aplicação como mecanismo de proteção e efetivação da dignidade da pessoa humana. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo para abordagem, e de pesquisa bibliográfica e documental para o procedimento. Como técnicas de pesquisa, foram realizadas coletas de precedentes do Superior Tribunal de Justiça que tratam do assunto, assim como a análise de conteúdo de argumentos jurisprudenciais.

Em um primeiro momento serão tecidas considerações a respeito do direito à privacidade e da evolução do seu conceito, desde o surgimento como *right to be alone* até a atual tutela dos dados pessoais. Num segundo momento, apresentar-se-á o tema do direito ao esquecimento, sua origem e principais desafios, demonstrando sua aplicabilidade como direito da personalidade autônomo e, portanto, protetor da dignidade humana. Por fim, através da análise de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, serão apresentados os parâmetros segundo os quais esse direito vem sendo aplicado pelo judiciário brasileiro, revelando seu espectro de incidência e suas limitações.

2 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO À PRIVACIDADE

A inviolabilidade da vida privada está garantida no ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988, por meio do qual adquire a condição de direito fundamental, recebendo a proteção jurídica do Estado em nível das cláusulas pétreas.

Em decorrência do neoconstitucionalismo e da constitucionalização do direito civil, a proteção à vida privada também está assegurada no artigo 21 do Código Civil. Nesse viés, é reconhecido como direito da personalidade, reafirmando assim sua importância para a efetivação da dignidade da pessoa humana. Todavia, para entender o significado desse diploma legal e sua função no atual ordenamento jurídico, é necessário discorrer sobre a evolução de seu conceito.

Tem-se como marco inicial do direito à privacidade o artigo *The Right to Privacy*, escrito em co-autoria pelos advogados norte-americanos Samuel Warren e Louis Brandeis e publicado em 1890. Nessa primeira formulação esteve relacionado com a proteção à esfera familiar e pessoal do ser humano, correspondendo a um direito à intimidade essencialmente individualista, motivo pelo qual foi reconhecido como o direito a ser deixado só (*right to be let alone*).

Essa primeira concepção da proteção à privacidade recebeu forte influência do modelo proprietário vigente na época, uma vez que da mesma maneira como o direito à propriedade buscava dar proteção ao bem privado, o direito à privacidade ocupou-se em afastar a vida íntima da interferência alheia. Era, portanto, caracterizado como um direito de aspecto negativo que impunha um dever de abstenção, representativo da primeira geração dos direitos fundamentais, dada sua primazia pela liberdade individual.

No entanto, diante do desenvolvimento das novas tecnologias de comunicação em massa, sobretudo a partir da década de 1960, esse conceito de privacidade relacionado tão somente à proteção da esfera íntima passou a não mais comportar os novos desafios da sociedade contemporânea.

Assim, frente à multiplicação dos mecanismos de coleta e divulgação das informações, e o conseqüente aumento do fluxo de dados, foi necessária a evolução daquele conceito inaugural da privacidade para uma concepção que também passasse a proteger os dados pessoais. Nessa esteira, Afonso da Silva concebe a privacidade como o “conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sobre seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições” (SILVA, 2014, p. 208).

Do sobredito, é possível compreender que o direito à privacidade nos tempos atuais é mais abrangente do que a simples proteção à intimidade, uma vez que não deve tratar apenas da proteção à vida íntima do indivíduo, mas, além disso, garantir o resguardo de seus dados pessoais. Verifica-se, nesse momento, a ampliação do próprio conceito de intimidade, que ganha contornos de um direito à autodeterminação informativa, quando o cidadão adquire a faculdade de conhecer e controlar o uso das suas informações.

3 O DIREITO (DA PERSONALIDADE) AO ESQUECIMENTO: O TEMPO COMO FATOR DE AFIRMAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Originariamente o direito ao esquecimento esteve relacionado à acepção clássica do direito à intimidade, lembrado na expressão *right to be alone*. Na legislação italiana, o *diritto all'oblio* (como é chamado o direito ao esquecimento) esteve por muito tempo relacionado à expressão *essere lasciati soli*, que representa a ideia de *riservatezza* (LIMA, 2014).

É possível afirmar que sua aplicação ocorreu primeiro no campo das condenações criminais como uma garantia de reinserção do ex-detento ao meio social. Na legislação pátria, o art. 93 do Código Penal e 748 do Código de Processo Penal tratam do direito do condenado de ser esquecido ao assegurar o sigilo dos seus dados a respeito do processo e da condenação. Também é tratado pelo ordenamento jurídico nas relações privadas, uma vez disposto no art. 43, §1º do Código de Defesa do Consumidor, quando determina a supressão de registros pessoais após o transcurso de certo período de tempo da situação devedora.

No entanto, frente à alta velocidade de disseminação da informação, ocasionada principalmente pela Internet, o direito ao esquecimento vem sendo reconhecido como um mecanismo jurídico capaz de coibir os abusos oriundos dessa intensa circulação informativa.

Por conseguinte, a aplicação do direito ao esquecimento parte da premissa de que os fatos e notícias sobre determinada pessoa tendem a se eternizar. De fato, ainda não existe

um prazo determinado para a permanência de uma informação no domínio público. Por esse motivo, sua aplicação é realizada no caso concreto e demanda o transcurso de um lapso temporal e a averiguação da inutilidade da informação para o público, de maneira a preservar o conteúdo de interesse geral e o direito fundamental à liberdade de expressão e livre manifestação.

Nesse sentido, nos dizeres de LIMA, o direito ao esquecimento é conceituado como:

Um direito autônomo de personalidade através do qual o indivíduo pode excluir ou deletar as informações a seu respeito quando tenha passado um período de tempo desde a sua coleta e utilização e desde que não tenham mais utilidade ou não interfiram no direito de liberdade de expressão, científica, artística, literária e jornalística (LIMA, 2014)³.

Dessa forma, o direito ao esquecimento desenvolve-se como um direito da personalidade autônomo, posto que seu raio de proteção não se limita apenas aos fatos ocorridos no presente, como ocorre em geral no resguardo concedido pela privacidade e intimidade. Mas, pelo contrário, sua proteção busca acobertar o indivíduo contra a reinserção em seu cotidiano de fatos do passado sem qualquer interesse público.

Ademais, os direitos da personalidade têm por finalidade garantir o livre desenvolvimento da personalidade humana, principalmente através do amparo dos modos de ser do indivíduo. Sua tutela acoberta igualmente os aspectos físicos e morais da pessoa, motivo pelo qual o rol apresentado pelo legislador não é taxativo, sendo possível a emergência de novos direitos.

Nessa razão, é possível indicar o direito ao esquecimento como condizente a uma interpretação atualizada dos direitos da personalidade ao propor que sua proteção também deve abarcar os fatos assentados no passado. Assim, o que se busca é a preservação da saúde psíquica do indivíduo e de seu sossego.

Como se observa, o tempo vem sendo apresentado como o fator constitutivo de uma nova situação jurídica, qual seja, a existência de um direito subjetivo do interessado em fazer desaparecer uma informação, de modo a combater a sua eternização.

No plexo normativo brasileiro ainda não existe lei específica relacionando a decorrência de um lapso temporal e a tutela dos dados pessoais. Não obstante, o tema foi discutido durante a VI Jornada de Direito Civil do Conselho Federal da Justiça Federal. Na ocasião, foi aprovado o Enunciado 531, assim disposto: “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Em outras palavras, pode-se afirmar que as regras protetoras dos demais direitos da personalidade constantes no art. 11 do Código Civil também aproveitam aos informes do passado, uma vez que sua exclusão é indispensável para o pleno desenvolvimento da identidade pessoal e fundamental para a evolução do ser humano. Nesse sentido, a perpetuação de uma informação sobre um fato pretérito pode servir como meio de estigmatizar eternamente uma pessoa, impossibilitando sua evolução pessoal e seu convívio em sociedade.

3 Direito ao Esquecimento e Internet: o Fundamento Legal no Direito Comunitário Europeu, no Direito Italiano e no Direito Brasileiro, N. 946, ago. 2014. p. 97.

Com isso, ao relacionar o direito de ser esquecido à proteção da dignidade humana, o Enunciado 531 provoca a reflexão a respeito dos modos como a eternização da informação pode provocar a insegurança social e a perturbação psicológica sobre o sujeito, além de, em alguns casos, até mesmo condená-lo a uma espécie de pena perpétua.

4 PRECEDENTES DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO STJ

Conforme exposto, o direito ao esquecimento entrou na pauta das discussões jurídicas como resposta à crescente divulgação de informações após grande lapso temporal desde a sua coleta e que muitas vezes não possuem mais nenhuma utilidade, apenas causando grandes danos individuais e poucos benefícios coletivos.

Dessa forma, apoiado no Enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal, bem como no alargamento do alcance e tutela do princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, inciso III

da Constituição Federal, foi que a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou dois casos em que a principal tese da acusação era o reconhecimento do direito de ser esquecido.

4.1 CASO DA CHACINA DA CANDELÁRIA

O primeiro caso de reconhecimento de aplicação do direito ao esquecimento foi proferido através do Recurso Especial n. 1.334.097/RJ, em que um dos investigados como partícipe dos homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993 na cidade do Rio de Janeiro, em um episódio que ficou conhecido como a “Chacina da Candelária” – tendo sido absolvido ao final do julgamento – ajuizou ação contra a empresa Globo Comunicações e Participações S/A, veiculadora do programa “Linha Direta – Justiça”, por levar ao ar programa sobre o episódio, apontando-o como uma das figuras relevantes do evento, ainda que ressaltando a sua absolvição (STJ, 2013a, p. 1).

De acordo com a decisão, avocou-se parcela da personalidade do autor quando se expôs ao público a informação que teria sido esquecida pela sociedade, apesar de o “prejudicado” ter exposto sua contrariedade à publicação quando da recusa a prestar entrevista sobre o assunto. Em suas próprias palavras, o Ministro Relator pondera:

Mais grave que a venda ou a entrega graciosa da privacidade à arena pública (como ocorre quando da disponibilização ao público, pelo próprio indivíduo, de suas informações pessoais), como uma nova mercadoria para o consumo da coletividade, é sua expropriação contra a vontade do titular do direito, por vezes um anônimo que pretende assim permanecer (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 1.334.097/RJ, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 28.5.13, DJe 10.9.13).

Posicionou-se então o STJ pela limitação da liberdade de imprensa no confronto com o direito de privacidade, aplicando à recomendada (pelo enunciado da Comissão de Justiça Federal) ponderação de princípios, segundo o levantamento de razoabilidade dos ministros. Tendo, nesse caso, condenado a Globo a pagar R\$ 50.000,00 de indenização por danos morais.

Ocorre que, deliberando sobre a causa, a Corte Superior entendeu que nesse caso a fatídica história poderia ter sido veiculada de forma fidedigna mesmo sem qualquer menção ao nome e à imagem daquela pessoa – que já tinha sido absolvido criminalmente. Até porque veicular o seu nome e imagem em rede nacional não reforçou uma visão de inocentado, mas sim de indiciado:

O certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 1.334.097/RJ, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 28.5.13, DJe 10.9.13).

Do relatado, entende-se que esse caso apresenta como novidade para o ordenamento jurídico brasileiro o fato de, uma vez não sendo mais nova a notícia, de maneira que já esteja esquecida, não é mais legítima a sua divulgação. Para tanto é necessário que o juízo de razoabilidade, analisado no caso concreto, aponte para essa direção.

4.2 CASO AÍDA CURTI

No segundo caso julgado pelo STJ, o Recurso Especial n. 1.335.153/RJ, os irmãos vivos de Aída Curi, vítima de homicídio em 1958 (estuprada e morta por um grupo de jovens), caso este que ficou nacionalmente conhecido devido à divulgação da época e às circunstâncias em que aconteceu o crime, ajuizaram ação de indenização de danos materiais, morais e à imagem, também contra a Rede Globo Comunicações e Participações S/A, devido à veiculação da notícia anos após o ocorrido.

De acordo com o relatório em tela, expondo o mérito da causa, os recorrentes alegaram o direito ao esquecimento acerca da tragédia familiar pela qual passaram na década de cinquenta, direito esse que foi violentado, por ocasião da veiculação da reportagem não autorizada sobre a morte da irmã dos recorrentes. Segundo os familiares, a veiculação televisiva trouxe a lembrança do crime e todo sofrimento que o envolve.

Observado o exposto, os pedidos foram julgados improcedentes, tanto em primeiro grau quanto no Tribunal, porque se considerou que “[...] a matéria jornalística não foi maliciosa nem extrapolou o objetivo de retratar os fatos acontecidos” (TJ/RJ, 2010, p. 1). Ademais, permanece o interesse social na divulgação dos crimes contra a honra da mulher em especial, pois infelizmente ainda são uma realidade nacional, além de o fato criminoso envolvendo Aída Curi ter sido amplamente noticiado à época do ocorrido, chocando toda a sociedade.

Nesse diapasão, a Corte Superior de Justiça entendeu que, nesse caso, o crime era indissociável do nome da vítima e por isso não seria possível à emissora retratar a história com omissão do seu nome, a exemplo do que ocorre em outros trágicos crimes. Nesse sentido, ponderou o Ministro Relator:

Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp. 1.335.153/RJ, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 28.5.13, DJe 10.9.13).

Acerca do direito ao esquecimento, concluiu o ministro relator do recurso:

No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que lembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.

A fundamentação pela improcedência do recurso reconheceu que o amparo do direito ao esquecimento no caso em tela corresponderia a um tolhimento desproporcional da liberdade de imprensa se comparada com a carga da lembrança. Ainda a respeito, concluiu-se que a imagem da falecida não foi empregada de forma desrespeitosa ou degradante.

Nota-se, assim, que a grande dificuldade em se discutir o direito ao esquecimento decorre por ser necessária sua verificação no caso concreto. Não sendo ainda possível falar em regras ou teses, o debate sobre o tema é sempre principiológico e casuístico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade da informação revela como o alto ritmo da disseminação informativa pode causar danos à esfera individual. É cada vez mais comum e fácil trazer à tona eventos do passado, muitas vezes sem a devida cláusula de interesse público, causando a perturbação do sossego e da saúde psíquica do indivíduo. Essa realidade é conhecida pela doutrina como “superinformacionismo”, isto é, uma enorme quantidade de informações sobre tudo e sobre todos, independentemente da vontade individual de pertencer a esse conjunto de dados.

Essa problemática revela, sobretudo, a necessidade de discussão sobre a existência de um limite temporal para determinados conteúdos, e a exigência de contínua atualização nos modos de enfrentar o tema dos direitos da personalidade.

Como forma de corresponder a essas demandas, a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo o direito ao esquecimento, que apesar de ter origem na proteção da privacidade e intimidade, tem se desenvolvido como direito da personalidade autônomo, garantidor da dignidade humana. Sua aplicação decorre da concepção de que certos fatos, sem notoriedade e atualidade, perdem a cláusula de interesse público, e passam a servir apenas como meio de satisfação da curiosidade, característica da sociedade da vigilância.

Nesse aspecto, podem ser pontuados alguns argumentos contrários à aplicação do direito ao esquecimento, frequentemente considerados pelos seus opositores, tais como: a violação da liberdade de expressão, possibilidade de perda de história e a utilização da privacidade como meio de censura nos tempos modernos.

Em contrapartida, esclarece-se que o seu emprego não deve ocorrer de forma isolada e absoluta. As liberdades de expressão e de imprensa ainda devem continuar sendo as fortunas dos tempos atuais. Todavia, apesar de a Constituição destinar ampla abrangência aos direitos de expressar-se, informar e ser informado, deve-se considerar que existe um limite, o qual está consubstanciado na dignidade da pessoa humana e na lei. Mais além, o esquecimento não se

trata de um direito subjetivo de reescrever a própria história por meios e formas irresponsáveis. Pelo contrário, seu efeito encontra limites nos critérios da veracidade da informação e do interesse público.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento**. **Civilistica.com**. a.2.n.3.2013. Disponível em: <<http://www.civilistica.com/control-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento>>. Acesso em: 07 março 2015.

ENUNCIADO 531. VI JORNADA DE DIREITO CIVIL, PROMOVIDA PELO CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL/STJ. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 03 março 2015.

FARIAS, Rosendal. **Curso de Direito Civil** - 12. ed. – Salvador: Juspodivm, 2014.

LIMA de, Cintia. **Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro**. **Revista dos Tribunais São Paulo**, n. 946, ago. 2014, p. 77-109.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 – RJ (2012/0144910-7). P. 01. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 07 março 2015

RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.097 – RJ (2011/0057428-0). P. 41. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 07 março 2015.

SCHREIBER, Anderson. SCHREIBER, Anderson. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

A COLONIZAÇÃO DA PALESTINA: VIOLAÇÃO AO DIREITO A TERRA E À AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS

Luisa Scarpelli da Costa¹

Vânia Vaz Barbosa Cela²

RESUMO

Considerando o debate atual a respeito do conflito entre Israel e Palestina e o direito do povo palestino à autodeterminação e a terra, o presente artigo, através da utilização do método de abordagem dialético, visa analisar o contexto histórico que culminou com a colonização ilegal do território ocupado por Israel, com fulcro nas resoluções da ONU, tratados internacionais, análises teóricas e pesquisa científica. Abordando assuntos em torno do tema, como: o início da ocupação israelense na palestina, a autodeterminação dos povos, a ilegalidade da transferência de civis para um território ocupado. A autodeterminação de um povo é relacionada à ideia de um território próprio para este, com o qual ele identifique-se e enraíze-se, fortalecendo a unidade daquela população.

Palavras-Chave: Autodeterminação dos povos. Israel. Palestina. Colônias.

THE COLONIZATION OF PALESTINE: THE RIGHT TO THE LAND AND TO PEOPLES' SELF-DETERMINATION

ABSTRACT

Considering the current debate regarding the conflicts between Israel and Palestine and the right of the Palestinian people to self-determination, this paper aims at analyzing the social and historical context that resulted in the Israeli settlements policy on the occupied territory, based on United Nation's resolution, international treaties, theoretical analysis and scientific research. this study addresses issues such as: the right to self-determination, the Israeli's occupation in Palestine, the transfer of civilians to an occupied territory. The self-determination of a people relates to the idea of an own territory for that people, land in which they may explore its natural resources, fortifying the unity of that population. Based on such right, the impact of the limitation of the right to self-determination of Palestinian people will be analyzed in the context of recent conflicts in the Middle East regarding Jewish settlements.

Keywords: The Right to Self-Determination. Israel. Palestine. Settlements.

1 INTRODUÇÃO

O alcance da autodeterminação de um povo está diretamente relacionado à ideia de um território próprio para aquele, com o qual ele identifique-se e enraíze-se de modo a fortalecer a

1 Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: luisascarpelli@live.com

2 Docente do curso de Direito Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Mestre e Doutora em Ciências Sociais. E-mail: vaniavaz@unirn.edu.br.

unidade daquela população. A colonização judaica na Palestina, ao recortar o território ocupado com assentamentos exclusivamente judeus, tirou do povo palestino o seu direito a um lar. Espalhados por um território descontínuo, o sonho da construção de um estado árabe fica cada vez mais longe, pois dificilmente haveria a possibilidade de formalizar tal estado quando grande parte do território está ocupado, e com forte poder militar.

Através da análise de relatórios de organismos protetores dos direitos humanos, como a *Human Rights Watch*, é possível constatar a realidade da restrição a terra vivida pela população palestina. Controlando efetivamente apenas um pequeno território (a chamada área A pelo acordo de Oslo II), o povo palestino se vê hoje em uma situação de refúgio no próprio território.

O interesse na defesa dos direitos humanos não está limitado às vítimas. Nossa sociedade como um todo é afetada pelo desrespeito destes direitos, e o interesse em fiscalizar, denunciar e debater os crimes de direito internacional pertence a todas as nações. O conflito árabe-israelense já se estende desde o século XX até os dias de hoje, testemunhando curtos períodos de paz e ocupando manchetes nos jornais todos os anos. Por mais que ao referido conflito tenha diversas causas de alta complexidade, o problema do direito à terra se mostra como um dos principais assuntos questionados, mesclando regras de Direito Internacional e ideologias religiosas.

Este assunto se mostra de suma importância, pois apenas ao compreender os fatos que contribuíram para a situação atual, podemos ambicionar uma futura resolução do conflito. Órgãos como a *Human Rights Watch* e os organismos defensores de direitos humanos israelenses, como o *B'Tselem*, trabalham intensamente para chamar a atenção mundial para as situações ocorridas em meio ao conflito palestino, buscando garantir a esse povo seus direitos básicos, sendo de interesse da comunidade internacional a busca pela resolução de conflitos e proteção dos direitos humanos.

Para melhor compreensão da temática abordada, o presente artigo analisará de maneira sistemática, dividido em tópicos que facilitam a busca para a melhor compreensão das questões levantadas sobre o tema, com o intuito de demonstrar as origens e causas da problemática colonial palestina e gerar maior entendimento sobre o tema abordado.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

A questão da disputa por terras no território palestino-israelense tem sua origem em um tempo anterior ao aparecimento das primeiras manchetes jornalísticas da metade do século XX até os dias atuais. Conquistado por diversos povos ao longo da história, e palco do nascimento das três maiores religiões monoteístas da humanidade, as terras que circundam o rio Jordão sempre foram palco de disputas e guerras.

O conflito atual entre palestinos e israelenses, além da discussão em torno do direito de domínio da Cisjordânia, só é compreendido ao olhar para o passado e entender em que contexto histórico aquela região se tornou o que é hoje.

2.1 PALESTINA PRÉ-ISRAEL

2.1.1 Império Otomano

O domínio Otomano sobre o território da Palestina teve início no ano de 1516, quando o sultão Otomano Selim I expulsou o povo que dominava aquele território, os *Mamlûk*, na Batalha de *MarjDâbiq*. A palestina restaria parte do Império Otomano por quatro séculos, até o início do mandato britânico já no século XX (Enciclopédia Britânica Online, 2014).

A herança mais crucial deixada pelo domínio otomano quando falamos da questão do direito sobre a propriedade do solo, que surte efeitos práticos até hoje, é em relação à Lei da Terra de 1858³. Esta lei foi elaborada dentre um pacote de reformas promovidas pelo sultão, após o ano de 1840, como meio de encorajar o desenvolvimento da propriedade privada, o declínio da sociedade tribal, o crescimento populacional, a produção agrícola e o enriquecimento das famílias eminentes (Enciclopédia Britânica Online, 2014).

Segundo Greber (1987), a Lei da Terra era responsável principalmente por dividir a terra pertencente ao estado em cinco categorias legais: “*mulk*”, propriedade livre e alodial; “*miri*” terra estatal em regime de concessão; “*waqf*”, terra pertencentes a fundações de caridade; “*metruka*”, terra destinada a fins públicos; e “*mevat*”, terras improdutivas. A principal diferença estava entre “*mulk*” e “*miri*”, já que terras “*mulk*” deveriam ser restritas aos pomares adjacentes às áreas construídas das vilas, e as terras “*miri*” equivalentes às terras cultiváveis localizadas nas periferias.

Um dos principais objetivos da Lei da Terra era reafirmar o direito do estado sobre a propriedade de terras cultiváveis, usurpadas com frequência por poderes feudais ainda bastante influentes naquela localidade. Sendo assim, a lei impunha restrições severas aos proprietários de terras “*miri*”, exigindo documentos detalhados para comprovação da propriedade e da procedência daquele bem (GERBER, 1987).

Neste sentido, alguns estudiosos entendem que a referida lei foi elaborada para por um fim ao processo de conversão de terras “*miri*” em terras “*mulk*”, já que anteriormente este processo era deveras simples, bastando a construção ou o plantio para caracterizar a conversão, transferindo as terras do estado para o particular (GERBER, 1987).

Ao final do século XIX e começo do século XX, a população árabe na palestina vivenciou uma verdadeira “renascença⁴” árabe, encontrando oportunidades de emprego a serviço do Império Otomano e ocupando cadeiras no parlamento otomano por diversos mandatos. Além disso, com o surgimento de jornais árabes, a ideia do nacionalismo palestino e antissionismo⁵ se propagaram mesmo antes do advento da Primeira Guerra Mundial. Os árabes tinham a intenção de por fim à imigração judia e à compra de terra por sionistas, cujas colônias na palestina não paravam de crescer, indo de dezenove colônias no ano de 1900, para quarenta e sete no ano de 1918. Em 1914, a população da Palestina era de 690.000 pessoas, sendo 535.000 muçumanos, 70.000 árabes-cristãos e 85.000 judeus (Enciclopédia Britânica Online, 2014).

3 Ottoman Land Law of 1858. Tradução livre.

4 Renascença: qualquer movimento com ideia de renovação (Dicionário Houaiss de língua portuguesa).

5 Sionismo: Movimento nacionalista judeu que tem como objetivo a criação de um estado nacional Judeu na palestina, antiga terra dos hebreus.

2.1.2 Mandato britânico

Durante a Primeira Guerra mundial, as grandes potências passaram a tomar decisões referentes ao futuro da Palestina, sem considerar a vontade dos povos nativos. Os árabes palestinos foram levados a crer que a Grã-Bretanha os garantiria independência mediante o apoio contra o Império Otomano na guerra, baseados nos textos das correspondências trocadas entre Sir Henry McMahon, alto-comissário britânico do Egito, e Husayn Ibn 'Ali, emir de Meca, durante os anos de 1915 e 1916 (Enciclopédia Britânica Online, 2014).

Entretanto, por volta de Maio de 1916, França, Grã-Bretanha e Rússia, já contemplando uma iminente vitória na guerra, assinaram o acordo de *Sykes-Picot*, determinando a internacionalização do território palestino, a ser dividido entre os três países e controlado por estes (Enciclopédia Britânica Online, 2014).

Em novembro de 1917, o ministro das relações exteriores britânico Arthur Balfour enviou uma carta ao Lorde Rothschild, conhecida como a “Declaração de Balfour”, onde expressava simpatia pela ideia da formação de um estado judeu na Palestina e oferecia o apoio britânico para a obtenção de tal objetivo, sob a condição de que nenhum dano civil ou religioso acometeria as comunidades não judaicas daquele local (UNISPAL, 2014).

Em 1917, após intensas batalhas na Faixa de Gaza, o território de Gaza, assim como Jerusalém, foi capturado pelas forças aliadas, e a área remanescente da Cisjordânia findou sendo conquistada pelos britânicos em Outubro de 1918. Em Abril de 1920, na Conferência de Paz realizada em San Remo, Itália, os Aliados vitoriosos dividiram as terras do antigo Império Otomano, concedendo as províncias da Síria e do Líbano à França e a Palestina à Grã-Bretanha, ambos em regime de mandato (Enciclopédia Britânica Online, 2014).

Em julho de 1922, o Conselho da Liga das Nações aprovou o instrumento de mandato para a Palestina, incorporando em seu preâmbulo a declaração da Balfour, e frisando a conexão histórica dos Judeus com aquela terra. Em seu artigo 2º, o conselho outorgou ao poder mandatário a responsabilidade de zelar pela estabilidade política, administrativa e econômica da Palestina, como meio de segurar o futuro estabelecimento de um Estado nacional Judeu e o desenvolvimento do autogoverno na região (Enciclopédia Britânica Online, 2014).

Ademais, o artigo 6º do instrumento requeria da administração Palestina cooperação em relação à imigração judaica e ao estabelecimento de assentamentos judeus naquele território, sem prejuízo dos outros povos já habitantes do local (Enciclopédia Britânica Online, 2014). É importante ressaltar que no instrumento do mandato as terras previstas para a criação do estado judeu não incluíam o território hoje conhecido como a Faixa de Gaza e a Cisjordânia.

No dia 29 de Setembro de 1923, o mandato britânico entrou em vigor. Como uma entidade política distinta pela primeira vez na sua história, a palestina vivenciou um novo problema: árabes palestinos e judeus sionistas deram-se conta de que, ao final do mandato britânico, o domínio sobre o país seria determinado pela proporção demográfica e propriedade de terras de cada povo. Sendo assim, a imigração judaica e a compra de terras se tornaram as principais questões debatidas durante este período (Enciclopédia Britânica Online, 2014).

Entretanto, relatórios da época mostravam uma tendência britânica de se aliar aos judeus sionistas, seguindo as premissas afirmadas na declaração de Balfour, indo diretamente contra suas obrigações como mandatário, determinadas pelo artigo 22 do Pacto da Liga das Nações (Enciclopédia Britânica Online, 2014).

O referido artigo prevê a possibilidade das colônias e territórios que tenham deixado de pertencer ao estado ao qual faziam parte por consequência de uma guerra, e não estando o seu povo em condições de estabelecer um governo próprio estável, fossem postas sob a tutela de outro estado mais forte, de modo a garantir o bem estar social e o desenvolvimento dos povos tutelados. Os termos do mandato e os poderes dos mandatários se diferenciariam de acordo com o estágio de desenvolvimento sócio-político e econômico dos povos, a situação geográfica do território, dentre outros quesitos, sempre respeitando a vontade e a capacidade de cada povo ⁶.

Na década de 1930, ascensão do nazismo na Europa culminou com a elevação do número de judeus imigrantes na palestina, chegando a 400.000 no ano de 1936, correspondendo a um terço da população palestina (Enciclopédia Britânica Online, 2014). Em novembro de 1935, os partidos árabes demandaram a cessação da imigração judaica, proibição da transferência de terra, e a instauração de instituições democráticas, além de proclamar um boicote a bens judeus e ingleses. Mediante tal situação, em Dezembro do mesmo ano a administração britânica na palestina propôs a criação de um conselho legislativo, composto por 28 membros, dos quais a maioria seria árabe, restando aos ingleses o controle da seleção dos membros não eleitos. Apesar de a proposta ser aceita pelos árabes, foi criticada pelos sionistas por obstaculizar a criação do estado judeu através da constitucionalização da opressão árabe (Enciclopédia Britânica Online, 2014). De toda maneira a proposta foi vetada pelo governo de Londres, o que, aliado ao crescimento do nacionalismo nos estados do Egito e da Síria e o crescente desemprego na Palestina, criou o cenário perfeito para a eclosão de uma rebelião.

A revolta árabe de 1936-1939 mobilizou palestinos de todas as classes, e o sentimento nacionalista passou a ser divulgado em todos os jornais e escolas locais, ocasionando no envio de mais de 20.000 tropas britânicas para conter a movimentação. A Comissão Real de Inquérito⁷, enviada para analisar a situação, relatou que o levante se deu devido ao desejo pela independência palestina e o medo de estabelecimento de um estado nacional judeu (Enciclopédia Britânica Online, 2014). A comissão, denominada “Comissão Peel”⁸, decretou a impossibilidade da administração britânica em conciliar os interesses dos povos árabes e judeus, descrevendo como “um direito contra outro direito” as questões debatidas. A Comissão Peel recomendou então a divisão do território para a criação de dois estados independentes: um estado nacional judeu, e outro palestino (Enciclopédia Britânica Online, 2014).

Pela primeira vez se falou oficialmente em um estado judeu e na divisão do território pelo governo britânico. Os sionistas aceitaram relutantes, pois a área demarcada para o estado judeu era maior do que a área que possuíam no momento, e, além disso, seria determinada a remoção

6 Pacto da Liga das Nações, 1919.

7 Royal Commission of Inquiry, tradução livre.

8 O nome foi estabelecido em homenagem ao presidente da comissão, Lorde Robert Peel.

dos árabes do território judeu. Por outro lado, os árabes ficaram horripilados com a ideia da desmembração do território, e, mais ainda, com a probabilidade da transferência forçada para a área da Cisjordânia, ocasionando no agravamento da revolta nos anos de 1937 e 1938 (Enciclopédia Britânica Online, 2014).

No entanto, em 1939, o governo britânico emitiu um “Documento em branco”⁹, no qual se submetia às demandas árabes, declarando que o estado judeu deveria ser instituído dentro de um estado independente palestino. Além disso, o documento determinava um limite para a imigração judia (apenas setenta e cinco mil judeus seriam admitidos na palestina nos próximos cinco anos) e impunha limite nas áreas em que seria permitida a transferência de terras para judeus, dentre outras restrições. Por fim, previa o término do mandato britânico para dali a dez anos, quando seria estabelecido o estado palestino (Enciclopédia Britânica Online, 2014).

Como resultado, ambas as partes se opuseram ao documento: sionistas desaprovavam as limitações impostas aos judeus, e os árabes rejeitaram a extensão do mandato por mais dez anos. Em consequente, o “documento em branco” de 1939 marcou o final do período de amizade e cooperação mútua anglo-sionista (Enciclopédia Britânica Online, 2014).

2.2 A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Durante o advento da Segunda Guerra Mundial, a tensão entre os sionistas e a administração britânica se intensificou, com os primeiros exigindo urgência na concessão de visto migratório para judeus refugiados, e os últimos tentando conter tal imigração com base na necessidade de manter estabilidade no território, imprescindível para o sucesso na guerra (Enciclopédia Britânica Online, 2014).

Com a descoberta dos campos de concentração ao final da guerra, a questão do futuro da Palestina entrou de vez no centro das discussões políticas internacionais: agora, o futuro dos sobreviventes do holocausto estava ligado diretamente ao futuro daquele território, e a simpatia pelo sionismo teve grande crescimento tanto para o público em geral, quanto para as grandes potências vencedoras (principalmente políticos norte-americanos).

Em agosto de 1945, o presidente americano Harry Truman requereu ao primeiro ministro britânico Clement Attle a imediata admissão na Palestina de cem mil judeus sobreviventes do holocausto. Em dezembro do mesmo ano, o senado norte-americano solicitou a irrestrita imigração judia na Palestina, respeitando os limites econômicos do país (Enciclopédia Britânica Online, 2014).

Não obstante a luta pelo estabelecimento de um estado árabe independente, e a resistência britânica em abrir mão do controle sobre aquela área, em 1948, sobre pressão da força e da diplomacia internacional, o mandato britânico na Palestina chegou ao fim. Logo, por meio de tratados e negociações internacionais, seria criado no território da palestina o tão sonhado estado nacional judeu, Israel.

9 “White Paper”, tradução livre: Documento produzido pelo governo definindo detalhes de uma futura política sobre um determinado assunto. O “White Paper” também pode ser a prévia de uma lei antes de ir para o parlamento.

3 PALESTINA PÓS-ISRAEL

3.1 CRIAÇÃO DO ESTADO NACIONAL JUDEU

Em 29 de novembro de 1947 a Assembleia Geral da recém-criada Organização das Nações Unidas adotou, com aprovação majoritária de dois terços, a Resolução 181, que previa a repartição do território Palestino em um estado árabe e outro judeu, fixando como território internacional a cidade de Jerusalém e seus arredores, tal como demonstrado no seguinte mapa (figura 01) (Enciclopédia Britânica Online, 2014):



FIGURA 01 -Mapa I: Plano de partilha territorial da Resolução 181 (1947), identificando o estado Judeu (mais escuro), o estado árabe (mais claro), e o território internacional de Jerusalém.

Fonte: Enciclopédia Britânica Online.

Todos os estados islâmicos asiáticos se opuseram à resolução, e uma moção à corte internacional de justiça para debater a competência da Assembleia Geral em repartir um território contra a vontade da maioria da sua população foi prontamente sobrepujada (Enciclopédia Britânica Online, 2014).

3.2 GUERRA CIVIL DE 1948 (GUERRA DE INDEPENDÊNCIA DE ISRAEL)

Aprovada a resolução criando o Estado de Israel, os Sionistas mobilizaram suas forças para intensificar o processo de imigração judia para a Palestina. Ao mesmo tempo, a Liga Árabe declarou apoio aos árabes palestinos, reunindo uma força de três mil combatentes voluntários. Em meio à desintegração da administração britânica, a guerra civil se espalhou, exigindo cada vez mais a intervenção internacional (Enciclopédia Britânica Online, 2014).

Os Sionistas, insistindo na validade da partição do território, e ansiosos para o estabelecimento concreto de seu estado, lançaram duas ofensivas contra os árabes em abril de 1948. O sucesso destas operações coincidiu com outras ocorrências que minaram o poder de guerra árabe: o fracasso do ataque no assentamento Sionista de Mishmar Ha Emeq, a morte em combate do herói nacional palestino Abdal-Qādir al Husayni (comandante do fronte de Jerusalém), e o massacre, por tropas Irgunistas¹⁰, dos habitantes civis do vilarejo árabe DayrYāsin (Enciclopédia Britânica Online, 2014). Divididos, sem liderança e sem recursos militares, os árabes da palestina se desmoralizaram, ruindo seus esforços para evitar a partição do território.

Em 14 de maio de 1948, o Estado de Israel foi declarado independente e, no mesmo dia, ganhou reconhecimento pelos Estados Unidos da América e pela União Soviética. No dia seguinte, unidades do exército da Síria, Transjordânia, Iraque e Egito cruzaram a fronteira palestina.

Alternando entre períodos de combate e de trégua, a guerra se estendeu entre maio e dezembro de 1948. Com as tropas árabes vencidas, já no verão de 1949, Israel concluiu acordos de armistício com todos os seus vizinhos, e, tendo sido reconhecido por mais de cinquenta nações ao redor do mundo, ingressou na Organização das Nações Unidas.

O estado de Israel estabeleceu sua soberania sobre 21.000 km² do território integrante do extinto mandato britânico, e os 2.000 km² restantes foram divididos entre a Transjordânia e o Egito: Os primeiros retiveram e anexaram a área a oeste do rio Jordão (conhecida como “West Bank” ou Cisjordânia) incluindo a parte leste da cidade de Jerusalém. Os egípcios, por sua vez, mantiveram o controle (porém sem haver anexação) da porção de terra conhecida como a Faixa de Gaza, marcando o fim da comunidade Árabe Palestina como uma coesa entidade político-social (Enciclopédia Britânica Online, 2014).

3.2.1 Guerra dos Seis Dias

A Guerra dos Seis Dias foi a terceira das guerras árabes-israelense, ocorrida entre 5 e 10 de junho de 1967 e possivelmente a mais relevante para o assunto abordado no presente artigo,

10 IrgunZvaiLeumi (Hebreu): Organização Militar Nacional de Israel. Movimento militar *underground* de direita, fundado em 1931.

em decorrência da anexação dos territórios da península do Sinai, Faixa de Gaza, Cisjordânia, Jerusalém antiga e as colinas de Golã por Israel mediante a vitória bélica.

No início do ano de 1967, a Síria intensificou o bombardeio de vilarejos israelitas partindo de posições estratégicas na Colina de Golã, levando a força aérea israelense a abater seis caças sírios em represália. Em consequência, o presidente do Egito, Gamal Nasser, mobilizou suas forças na fronteira com o Sinai, dispensando as forças da ONU que ali estavam e assinando em Maio de 1967 um acordo de mútua defesa com a Jordânia (Enciclopédia Britânica Online, 2014).

Israel respondeu essa possível corrida à guerra dos países árabes destruindo toda a força aérea egípcia em solo nas bases militares. Ademais, o poder bélico israelense em solo era devastador, findando por expulsar as forças sírias das Colinas de Golã e culminando com a tomada da Faixa de Gaza e da Península do Sinai do Egito, do “West Bank” da Jordânia, e, principalmente, ganhando total controle de Jerusalém (Enciclopédia Britânica Online, 2014).

3.2.2 Anexação dos territórios: Cisjordânia, faixa de Gaza, e Jerusalém ocidental

Com o fim da Guerra dos Seis Dias, Israel ocupou a Cisjordânia estabelecendo ali uma administração militar. Distintamente, a área ocupada na Jerusalém Ocidental foi incorporada ao estado de Israel, estendendo cidadania israelense e aplicando a lei e administração civil aos habitando locais, independente da raça ou credo (Enciclopédia Britânica Online, 2014). Durante a primeira década de ocupação israelense, as manifestações de resistência árabes foram relativamente baixas, resultando em um raro período de paz na região.

Na década de 1980, com o intenso estabelecimento de assentamentos judeus nas áreas tomadas, este período de paz começou a se esvaír. No início do século XXI já existiam mais de cem assentamentos israelitas na região. Propriedades de habitantes árabes, muitos dos quais haviam sido forçados a deixar o local devido às guerras precedentes, foram desapropriadas para a construção dos assentamentos. A reivindicação israelense pelo direito de administrar as terras da Cisjordânia não cultivadas e que não constituam propriedade privada (que pode variar de 30% a 70% da área, a depender de quais critérios serão usados para classificar a terra) deu base a suspeita de que a verdadeira intenção do governo israelense é de anexar pouco a pouco a área ocupada (Enciclopédia Britânica Online, 2014).

4 A AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS

Segundo o dicionário Houaiss de língua portuguesa, a palavra autodeterminação significa o “poder de decidir por si mesmo”. No âmbito do direito internacional, o direito dos povos à autodeterminação, segundo Ikeda (2001, p. 75):

(...) Estabelece que a um povo deve ser oferecida a possibilidade de conduzir livremente sua vida política, econômica e cultural, segundo princípios democráticos. A condução livre de sua vida política demanda, em primeiro lugar, que o poder político esteja sob o controle daquele povo e que tal controle seja exercido sob bases igualitárias e democráticas (a chamada autodeterminação interna, equivalente à democracia) e, em segundo lugar, que o controle seja exercido livre da independência de terceiros (a autodeterminação externa equivalente à independência).

Este direito, como uma norma de *jus cogens*, “impõem-se objetivamente aos Estados, a exemplo das normas de ordem pública que em todo sistema de direito interno limitam a liberdade contratual das pessoas” (REZEK, 2014). A falta de entendimento unificado pelas potências mundiais quanto ao seu significado gerou diversas ambiguidades a respeito da sua interpretação, especialmente sobre o conceito de “povo” (DA SILVA, 2004). A expressão “povo”, de acordo com Ikeda (2001, p. 115), teria cinco interpretações distintas:

O “povo” governado por um outro “povo” localizado no território do mesmo estado; “povo” disperso em diversos Estados, neles vivendo como minoria, e sem Estado próprio; “povo” que vive como minoria no território de um Estado, mas com o entendimento que pertence ao território do Estado vizinho; “povo” disperso em diversos Estados, mas não em condição de minoria; e “povo” que constitui a maioria localizada nos território, governados por outros Estados (por exemplo, os povos localizados nas colônias).

Analisando o posicionamento da ONU, observa-se que a garantia do direito à autodeterminação depende de inúmeros elementos, tais quais: a liberdade de escolha do status político e do desenvolvimento social e cultural; a soberania do povo sobre os recursos naturais de suas terras; a igualdade de direito entre os indivíduos; e a não discriminação, que devem ser aplicados em conjunto de modo a garantir a real execução do direito em questão (CETIM, 2010).

A Carta das Nações Unidas (1945) prevê logo no seu artigo 1º o propósito de “desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direito e de autodeterminação dos povos”. Evidenciando em seu artigo 55 a preocupação com este princípio, assegura “o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos” para a busca da cooperação econômica e social internacional.

A ONU trata novamente do direito a autodeterminação à época da independência das colônias europeias, no art. 2º da Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais (1960), indicando que “Todos os povos têm direito à autodeterminação; em virtude deste direito, eles determinam livremente seu estatuto político e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”, sendo, portanto, contrário ao interesse do Direito Internacional a exploração de qualquer povo por outro alheio. No Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos (1966) o texto transcrito acima foi repetido no art. 1º, de modo a alcançar a adesão de todos os países membros das Nações Unidas.

O direito à autodeterminação, abrangendo o direito dos povos à exploração dos recursos naturais de suas terras, foi defendido pela Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da resolução nº 48/128 (1986), que adotou a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, defendendo acirradamente a garantia de soberania dos povos na exploração do próprio solo como meio de promoção do direito ao desenvolvimento. Tal afirma, no artigo 1º:

Artigo 1º §1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

§2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos à autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável à soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais.

Inicialmente o direito à autodeterminação estava diretamente ligado à ideia da independência dos povos coloniais, sendo “apropriado pelas próprias colônias para obterem maior legitimidade nas suas reivindicações pela independência” (Fernandes da Silva, 2004). No ano de 1988, a Comissão de Direito internacional da ONU concordou com a aplicação do referido princípio em questões não coloniais, discorrendo:

O princípio da autodeterminação dos povos, proclamado pela Carta como princípio universal, tem sido aplicado principalmente para erradicar o colonialismo, mas há outros casos em que ele poderia, deveria e tem sido aplicado. Ao não vinculá-lo exclusivamente a contextos coloniais, o princípio poderia ser aplicado de forma muito mais abrangente. A esse respeito, todos os membros da Comissão acreditam que o princípio da autodeterminação é de aplicação universal (IKEDA, 2001, p.169).

5 O DIREITO INTERNACIONAL NA QUESTÃO PALESTINA

O direito à autodeterminação do povo palestino foi reconhecido pelas Nações Unidas já na aprovação da Resolução 181 (II) (1948), que previa a divisão do território para a criação de um estado Árabe, e outro Judeu. Tal consideração deixa claro que a ONU reconhecia desde então o direito a terra daquele povo e sua capacidade de se autogovernar como povo independente, chegando a reconhecer o estado da Palestina como membro não observador, reafirmando os direitos inalienáveis daquele povo à autodeterminação e à independência do Estado Palestino nos territórios ocupados em 1967 (Resolução 67/19, 2012).

Em 1970, a ONU legitimou oficialmente o direito a igualdade e à autodeterminação como direitos inalienáveis do povo palestino (Resolução 2672C). Quatro anos depois, com a Resolução 3236 (1974), a Assembleia Geral reafirma estes direitos, ao discorrer que “os direitos inalienáveis do povo palestino na Palestina incluem: a) o direito à autodeterminação sem interferência externa; b) O direito à independência nacional e soberania”.

Como visto no contexto histórico, o estado árabe nunca chegou a ser criado, e logo após a aprovação da resolução 181, o novo estado de Israel entrou em guerra com seus vizinhos, pondo fim às metas e aos objetivos almejados pela ONU sobre o destino do território. Ao mais, a guerra civil de 1948, ao deslocar centenas de famílias palestinas de suas terras e casas, deu início a um problema maior: a questão dos refugiados de guerra.

Naquele mesmo ano, a ONU promulgou a Resolução 194 (1948), sublinhando o direito do povo palestino de reaver as terras a que foram forçados a abandonar, determinando em seu artigo 11 que:

Os refugiados que desejarem voltar para suas casas e viver em paz com seus vizinhos devem ser autorizados a fazê-lo o mais cedo possível, e compensação deve ser paga àqueles que não desejarem voltar e pelas perdas ou danos à propriedade privada, devendo ser paga pelo Governo ou Autoridade responsável (Tradução Livre).

O Estado de Israel nunca cumpriu tais demandas, e com o caminhar da história e o advento de outros conflitos, a resposta à questão dos refugiados se tornou tema central nas resoluções da Organização das Nações Unidas. Em 1949, a Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da resolução 302 (IV) de 8 de dezembro, criou a Agência das Nações Unidas de Assistência aos Refugiados da Palestina no Próximo Oriente (UNRWA¹¹), responsável por garantir assistência médica, social e infraestrutural aos refugiados. Na ausência de uma solução mais definitiva, a agência atua até hoje na assistência e proteção a mais de cinco milhões de palestinos. (UNRWA, 2014).

No ano de 1967, logo após a Guerra dos Seis Dias, o Conselho de Segurança das Nações Unidas aprovou unanimemente a Resolução 242, que além de frisar a necessidade de um acordo quanto ao problema dos refugiados, afirma que paz no oriente médio só seria atingida por meio do cumprimento de dois princípios: A retirada das forças israelenses dos territórios ocupados e o respeito da soberania, integridade territorial e independência política de cada Estado da área (Resolução 242, 1967).

A questão do direito dos refugiados à suas terras foi novamente ressaltada pela ONU em 1969, com a Resolução 2535 B (XXIV) de 10 de Dezembro de 1969. Nela, a organização reconheceu que tal problema é resultado da negação dos direitos inalienáveis daquele povo, agravado pelo constante tratamento discriminatório empregado por Israel com relação aos árabes, incluindo o confisco de propriedade e deportação.

Ao analisar tais resoluções, percebe-se que o direito à autodeterminação do povo palestino está diretamente ligado com seu direito a terra, seja de possuí-la como de recupera-la, não sendo possível a obtenção de uma solução para o conflito sem a resolução do referido problema.

Em 1973, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução 3089 (XXVIII) de 7 de Dezembro, que além de reafirmar a importância da UNRWA, ressalta o descumprimento por Israel das medidas previstas no parágrafo 11 da Resolução 194. Entretanto a resolução vai além, observando, na sua parte C, que:

As Autoridades Israelenses de Ocupação persistem em adotar medidas que obstruem a volta da população deslocada para suas casas nos territórios ocupados, incluindo a alteração da estrutura demográfica dos territórios por meio do deslocamento forçado dos seus habitantes, a transferência da população, a destruição de cidades, vilarejos e casas, e o estabelecimento de assentamentos israelenses – em violação às provisões previstas na Convenção de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Cíveis em Tempo de Guerra, de 12 de agosto de 1949 (...).(Tradução Livre).

A Convenção de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Cíveis em Tempos de Guerra prevê em seu artigo 49 que “A Potência ocupante não poderá proceder à deportação ou à transferência de uma parte da sua própria população civil para o território por ela ocupado” (Genebra, 1949). Tal assertiva ilegaliza a política de assentamento Israelense, visto que a Cisjordânia é um território ocupado, e não anexado ao Estado Israelense.

11 UNRWA (inglês): United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East.

Neste sentido entendeu o Conselho de Segurança das Nações Unidas, na resolução 465 de 1 de março de 1980, ao afirmar ser aplicável o entendimento da Quarta Convenção de Genebra supramencionada nos territórios árabes ocupados desde 1967, determinando em seu artigo 5:

Que todas as medidas tomadas por Israel para mudar características físicas, composição demográfica e estrutura institucional da Palestina e de outros territórios árabes ocupados (...) não tem nenhuma validade legal, e que a política Israelense e as práticas de assentar parte de sua população civil nestes territórios constituem uma clara violação da Quarta Convenção de Genebra relativa à Proteção das Pessoas Cíveis em Tempos de Guerra, além de constituir um sério obstáculo para a obtenção da paz duradoura no Oriente Médio (Conselho de Segurança, 1980).

Nesta mesma resolução, o Conselho deplora a decisão do Governo Israelense de apoiar a construção de assentamentos nos ditos territórios, instruindo-o a rescindir tais medidas, demolindo os assentamentos judeus existentes e cessando a construção e planejamentos de outros mais. Além disso, pede aos Estados membros que se neguem a oferecer qualquer assistência relacionada aos assentamentos para o estado Israelense. Requer também o exame da situação referente aos assentamentos, objetivando a investigação da depredação dos recursos naturais (principalmente recursos hídricos), visando proteger o patrimônio natural do território ocupado (Conselho de Segurança, 1980).

Mais a frente, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998) define como violação grave das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional a “transferência, direta ou indireta, por uma potência ocupante de parte da sua população civil para o território que ocupa ou a deportação ou transferência da totalidade ou de parte da população do território ocupado, dentro ou para fora desse território” (BRASIL, 2002).

6 OS ASSENTAMENTOS JUDEUS NOS TERRITÓRIOS OCUPADOS

6.1 O INÍCIO DA POLÍTICA

A construção de assentamentos de colonos judeus na palestina começou quase imediatamente após a tomada dos territórios vizinhos na Guerra dos Seis Dias em 1967 (*Human Rights Watch*, 2010) e, até 1977, já eram mais de trinta e cinco mil israelenses instalados na região (BISHARA, 2003). Mesmo após a assinatura dos acordos de Oslo¹² entre o governo israelense e a *Palestinian Liberation Organization*¹³ (PLO), a população dos assentamentos não parou de crescer, chegando à marca de 490,000 pessoas assentadas na Cisjordânia em 2009 (B'Tselem apud *Human Rights Watch* 2010). Os “colonos” (como se intitulam os moradores dos assentamentos), recebendo o apoio tático militar do exército israelense e americano, se estabeleceram no local sob a justificativa religiosa, alegando que aquela terra os pertencia, pois assim estava previsto no Torá¹⁴.

12 Os Acordos de Oslo foram uma série de acordos assinados em 1993 entre os governos de Israel e da Palestina, visando a constituição do autogoverno palestino e obtenção da paz (Enciclopédia Britânica Online, 2014).

13 Organização de Libertação da Palestina. Tradução Livre.

14 Torá: Livro base da religião Judaica.

Israel também anexou uma área de 72km² da Jordânia, a qual declarou parte da municipalidade de Jerusalém. Hoje a área é conhecida como Jerusalém Oriental, e em 2008 abrigava uma população de cento e oitenta e oito mil duzentos e trinta e dois colonos nos assentamentos (*HUMAN RIGHTS WATCH*, 2010).

As colônias judias começaram como um plano do Ministro YigalAlon, em 1967, para estabelecer uma “presença judia” nas áreas de baixa densidade populacional nos territórios ocupados, entendido como meio necessário para a segurança militar e para a anexação posterior daqueles territórios ao Estado de Israel. A política se intensificou em 1981 com a adoção pelo governo israelense do “Plano Drobless¹⁵”, que clamava pela ampliação da migração civil para assentamentos no território ocupado (*HUMAN RIGHTS WATCH*, 2010).

Entretanto, a política de assentamento israelense mostra um objetivo evidentemente prático: o controle sobre os recursos hídricos e os principais eixos rodoviários do Jordão, fato que se torna notório ao observar que o mapa dos assentamentos se sobrepõe ao dos recursos naturais hídricos dos territórios, permitindo a Israel explorar adicionalmente mais de 500 milhões de metros cúbicos de água por ano (BISHARA, 2003).

Atualmente existem quatro tipos oficialmente reconhecidos de colônias, definidos pela sua estrutura organizacional: **Comunidade**, que são registrados como associações cooperativas e habitados por população de classe média; **Cooperativas**, que trabalham dividindo a propriedade dos meios de produção; **Urbano**, contendo mais de duas mil pessoas e administrados por comitês eleitos; e **Rural**, com menos de dois mil habitantes. Além destes, existem também assentamentos não oficiais (não reconhecidos pelo Estado de Israel), denominados “postos”, mas que recebem apoio infraestrutural do governo, como rede de água, energia elétrica, e conexão rodoviária (*HUMAN RIGHTS WATCH*, 2010).

Devido à forte crítica da comunidade internacional, desde meados dos anos 90 o governo israelense vem aderindo a uma política de não autorização da construção de novos assentamentos (desde 1991, apenas quatro foram oficialmente reconhecidos), permitindo a expansão daqueles já existentes sob o pretexto de “crescimento natural”. Entretanto, as estatísticas mostram que a população de colonos quase triplicou entre 1993 e 2009, principalmente devido à crescente migração judia, acompanhados pelo aumento de postos ilegais, construídos sem permissão do governo (*HUMAN RIGHTS WATCH*, 2010).

No ano de 2005, em um relatório encomendado pelo governo de Israel e escrito pela oficiala do Ministério da Justiça Israelense Talya Sasson (apud *HUMAN RIGHTS WATCH*, 2010), foram identificados 105 postos ilegais, estando 15 deles localizados totalmente e 39 parcialmente dentro de propriedade privada palestina, recebendo apoio governamental semelhante aos dispensados para os assentamentos legais. Ao mais, o relatório identificou que a administração civil mantinha a prática de declarar as terras privadas palestinas como terras cuja propriedade a administração havia determinado¹⁶, autorizando assim a conexão de redes de água e eletricidade nos postos ilegais (*HUMAN RIGHTS WATCH*, 2010).

15 MattityahuDrobless, “Settlements in Judeaand Samaria – Strategy, PolicyandPlans”, World ZionistOrganization, 1980 (apud *HumansRightWatch*, 2010): O plano que a presença Judaica no território ocupado era imprescindível para a segurança do estado, não devendo haver dúvidas quanto à intenção de anexá-los definitivamente.

16 Categoria chamada de “surveylands” pelo direito israelense.

Características importantes da política de assentamento israelense apresentam um forte cunho discriminatório para com a população palestina, dentre elas os meios utilizados para confiscar propriedade privada palestina e transferi-las para os colonos; restrição aos palestinos para obtenção da permissão para planejamento e construção em suas terras (em contraste com a facilidade encontrada pelos colonos em obter tal permissão), além da combinação de apoio estatal aos colonos e negligência na aplicação de leis israelitas que regulam a construção de assentamentos (*HUMAN RIGHTS WATCH, 2010*).

A posição oficial do Estado de Israel, declarada em 1971 pelo Procurador-Geral israelense Meir Shamgar, é de que a lei internacional, que proíbe tais assentamentos, não se aplica ao caso da Cisjordânia, pois sua anexação pela Jordânia nunca recebeu reconhecimento internacional. Sendo assim, o território ocupado em 1967 não seria “território de uma Alta Parte Contratante”, requisito básico para a aplicação da Quarta Convenção de Genebra (*HUMAN RIGHTS WATCH, 2010*).

6.2.1 O Acordo de Oslo II e a divisão do território

Em 1995, o primeiro ministro Israelense Yitzhak Rabin e o líder da PLO Yasser Arafat assinaram o Acordo Interino sobre a Cisjordânia e a Faixa de Gaza, também conhecido como Acordo de Oslo II, onde estabeleceram um cronograma para a desocupação dos territórios palestinos ocupados por Israel, a ser realizado em diversas etapas. Acordaram também na divisão do território em um complexo sistema de zonas administrativas entre três áreas distintas: Área A, de total controle palestino; Área B, sob a autoridade civil palestina, mas controle militar israelense; e Área C, de controle exclusivo israelense, representando em torno de 60% do território da Cisjordânia. (Enciclopédia Britânica Online, 2014). Entretanto, a divisão das áreas não seguiu um território contínuo, e sim uma divisão por critérios como número de habitantes e geográfica, como evidenciado pelo mapa abaixo:



FIGURA 02 - Mapa II: Foundation for Middle East Peace, 2014, Oslo II Map. Legendas: Área A, em preto; Área B, em cinza escuro; Área C, em cinza claro.

Fonte: Enciclopédia Britânica Online.

O II Acordo de Oslo também previa, em seu artigo 11º, §1º, que a “Cisjordânia e a Faixa de Gaza constituem uma única unidade territorial, cuja integridade e status devem ser preservados durante o período interino”. Todavia, a construção dos assentamentos recortou o território da área C em várias “ilhas” judaicas na palestina, amparadas por uma forte proteção militar do exército Israelense e interligadas por uma rede rodoviária e corredores de circulação especialmente construídos a fim de facilitar a vida dos colonos (Bishara, 2003).

Segundo Bishara (2003, p. 136-137):

[...] de 1993 a 2000, a grande maioria dos 2,7 milhões de palestinos vivendo sob a dominação israelense foi separada dos colonos judeus por intermédio de medidas de segurança e de barreiras arbitrárias (...), como a criação de mais de duzentos postos militares implantados em 20% do território da Cisjordânia e 420 hectares da Faixa de Gaza.

6.2.2 Confiscação de Terras Palestinas

De acordo com o relatório do grupo de direitos humanos israelense B'Tselem (apud *HUMAN RIGHTS WATCH*, 2010), os colonos controlam cerca de 42.8% da Cisjordânia, pertencentes à área C. Na maioria dos casos, os colonos que compram terras na Cisjordânia não obtém o título oficial de propriedade, mas assinam um contrato com o “organismo de assentamentos”, geralmente a Organização Sionista Mundial (WZO¹⁷), dando-lhes permissão para uso daquela terra por um determinado espaço de tempo. Em alguns casos, os contratantes chegam a renunciar o direito de saber se aquela propriedade recebeu as autorizações necessárias do governo de Israel, devido ao processo complexo e burocrático imposto para tal, concordando com cláusulas que incluem compensação monetária em caso de Israel desocupar o território (*HUMAN RIGHTS WATCH*, 2010).

Segundo a *Human Rights Watch* (2010), o processo pelo qual Israel confisca terras palestinas na Cisjordânia e as concede aos assentamentos inclui a requisição de terras privadas palestinas para fins militares, a desapropriação para satisfação de “utilidade pública”, o registro de terras palestinas como “Terras do Estado”, além da prática de declarar propriedades palestinas como “Propriedade Ausente”.

A definição de “Propriedades Ausentes”, criada por ordem militar, determina a transferência de toda propriedade privada palestina cujo dono não se encontrava presente no local durante a Guerra dos Seis Dias, independente de suas razões, ou cujo dono fosse desconhecido ou residente em um país “inimigo”¹⁸, para um curador oficial de propriedades ausentes. O curador teria o papel de guardar e manter a propriedade até o retorno de seu legítimo dono. Entretanto, como regra geral, o governo israelense tem barrado a volta dos refugiados para suas casas, tornando impossível a reintegração das terras (*HUMAN RIGHTS WATCH*, 2010).

O conceito de “Terras do Estado” (ou “*State Lands*”) deriva da Lei de Terra do Império Otomano, de 1858, a qual Israel continua a aplicar ao território ocupado, em respeito ao art. 43 da Quarta Convenção de Haia de 1907, que estabelece o dever da potência ocupante em respeitar

17 Sigla em inglês - World Zionist Organization.

18 Na época, os países inimigos incluíam a Jordânia, o Egito, o Líbano, a Síria, dentre outros que lutaram contra Israel na Guerra de 1967.

as leis locais. Através de emendas por ordem militar, em 1967, foi autorizado ao governo israelense declarar e confiscar como “*Stand Lands*” qualquer terra pertencente a um país inimigo ou registrado em seu nome na data determinada (7 de Junho de 1967), abrangendo assim cerca de 26.7% da Cisjordânia, e onde é concentrando a maior parte dos assentamentos judeus (Human Rights Watch, 2010).

Após decisão da Justiça Israelense, em 1979, proibindo a confiscação de terras para construção de assentamentos, a Administração Civil Israelense ampliou o conceito de “*State Lands*”, para incluir as propriedades palestinas cujos donos não podiam ou conseguiam provar a sua propriedade, ao mesmo tempo impondo critérios extremamente restritivos para tal prova (*HUMAN RIGHTS WATCH*, 2010).

Este novo procedimento foi baseado em outra sessão da Lei Otomana, segundo a qual os palestinos podiam pleitear a propriedade da terra mesmo sem ter o registro oficial de proprietário, desde que a tenham cultivado por 10 anos contínuos. Segundo a norma, esta categoria de “usucapião” rural seria revertida de propriedade privada para propriedade estatal se a terra restasse improdutiva por três anos. A partir de 1979, o governo israelense iniciou uma inspeção geral nas terras da Cisjordânia com o objetivo de identificar as terras improdutivas, podendo então confiscá-las como “*State Lands*” (*HUMAN RIGHTS WATCH*, 2010).

A maioria das terras confiscadas são transferidas aos colonos, seja para construção de novos assentamentos ou reservas fundiárias para o Conselho Regional Colonial, com seu uso e compra vedado à população palestina. Na prática, a lei israelense cria múltiplos obstáculos aos palestinos que buscam reaver a propriedade das suas terras confiscadas pelo governo. O prazo para interpor apelação ao comitê militar é de apenas 45 dias da declaração de apreensão da terra, e muitos palestinos só ficam cientes do ocorrido muito tempo depois. Além disso, o custo processual é bastante elevado, tornando-o inacessível para a maioria da população árabe (*HUMAN RIGHTS WATCH*, 2010).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A política de colonização israelense na palestina demonstra minar a possibilidade de estabelecimento de um país árabe naquela localidade. Ao colonizar aquele território, negligenciando as necessidades básicas infraestruturais da população nativa em prol dos colonos, Israel não apenas aparenta promover uma política de segregação racial, como também parece desprezar a lei internacional referente à ocupação de territórios.

O Direito Internacional não tem a capacidade de impedir guerras civis e conflitos internacionais, mas existe para regularizar e controlar a medida do possível as ações humanas, de modo a tornar os conflitos menos onerosos para aqueles que o vivenciam. No atual cenário de globalização mundial, o interesse pela manutenção da ordem, pelo respeito aos direitos humanos e pelo cumprimento das leis internacionais é compartilhado igualmente por todas as nações, pois um conflito estrangeiro acaba por atingir todo o globo, direta ou indiretamente.

Todos os anos novas manchetes são divulgadas retratando o conflito palestino-israelense, deixando claro que ele está muito longe de acabar. Contudo, apenas com a fiscalização e a di-

vulgação das violações aos direitos humanos e das leis internacionais podemos almejar uma resolução em um futuro não muito distante.

A questão da colonização ilegal se mostra como um dos temas centrais deste conflito, pois a ele está diretamente relacionado o direito do povo palestino à autodeterminação e a um estado independente, como previsto em 1948 pela ONU na resolução 181. Por mais que hoje o governo palestino tenha controle da Área A, este território não representa um terço daquele prometido na dita resolução. Ademais, Israel não mostra nenhuma inclinação em cumprir o desocupamento sistemático prometido em 1994 no Acordo de Oslo II.

A situação é agravada quando levamos em consideração a condição desértica da área discutida. Tal fator torna a violação do direito do povo em dispor dos recursos naturais do seu território bem mais grave, pois impede o acesso aos recursos hídricos daquele território, de vital importância para a vida humana. Sem o aproveitamento dos recursos hídricos subterrâneos, não há como o povo palestino desenvolver-se economicamente, condenando-os a uma vida de dependência para com o estado de Israel.

Sendo assim, mesmo não sendo criado um estado árabe em um futuro próximo, é de suma importância para a amenização dos conflitos o respeito às leis internacionais e ao direito à autodeterminação dos povos pelo governo israelense, extinguindo de vez sua política de transferência de civis para os territórios ocupados.

REFERÊNCIAS

BISHARA, Marwan. **Palestina/Israel: a paz ou o apartheid**. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

CETIM - ProgrammeDroitsHumains Du Centre Europe - Tiers Monde. **Le droit des peuples à l'auto-détermination: et à la souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles sous l'angle des droits humains**, 2010. Disponível em: <<http://www.cetim.ch/fr/documents/bro12-auto-A41-fr.pdf>>. Acessado em: 16 set. 2014.

DA SILVA, Fernando Fernandes. Direito internacional e consolidação democrática. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 3 - jan./jun. 2004. Disponível em: <<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/82/82>>. Acessado em 26 out. 2014.

Enciclopédia Britânica Online, **Palestine: The Arab Revolt**, 2014. Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/439645/Palestine/45069/The-Arab-Revolt>>. Acessado em: 18 Out. 2014.

_____. **Arab-Israeli wars**, 2014. Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/31439/Arab-Israeli-wars>>. Acessado em: 18 Out. 2014.

_____. **Palestine: Civil war in Palestine**, 2014. Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/439645/Palestine/45072/Civil-war-in-Palestine>>. Acessado em: 18 Out. 2014.

_____. **Palestine: Ottomanrule**, 2014. Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/439645/Palestine/45065/Ottoman-ruleRetrieved>>. Acessado em: 18 Out. 2014.

_____. **Palestine: The British Mandate**, 2014. Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/439645/Palestine/45068/The-British-mandate>>. Acessado em: 18 Out. 2014.

_____. **Palestine: The earlypostwarperiod**, 2014. Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/439645/Palestine/45071/The-early-postwar-period>>. Acessado em: 18 Out. 2014.

_____. **Palestine: World War I andafter**, 2014. Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/439645/Palestine/45067/World-War-I-and-after>>. Acessado em: 18 Out. 2014.

_____. **Palestine: World War II**, 2014. Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/439645/Palestine/45070/World-War-II>>. Acessado em: 18 Out. 2014.

_____. **West Bank**, 2014. Disponível em: <<http://global.britannica.com/EBchecked/topic/640076/West-Bank/271784/History>>. Acessado em: 18 Out. 2014.

GERBER, Haim, **The Social Originsof The Modern Middle East**. Colorado: Lynne Rienner Publishers, 1987.

HUMAN RIGHTS WATCH.**Separateand Unequal - Israel’sDiscriminatory Treatment of Palestinian in the Occupied Palestinian Territories**. 2010. Disponível em: <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/iopt1210webwcover_0.pdf>. Acessado em 16 set. 2014.

IKEDA, Maria Angélica.**O princípio da autodeterminação dos povos: o nacionalismo e a autodeterminação das minorias nacionais no direito internacional**. 2001. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 2001.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público – Curso Elementar**. São Paulo: Saraiva, 15^a edição 2014.

UNISPAL . United Nations Information System on the Question of Palestine. **The Balfour Declaration**, 1917. Disponível em: <<http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/8fedccc58951b2f485257b35004e7bf0/e210ca73e38d9e1d052565fa00705c61?OpenDocument>> Acessado em: 20 Set. 2014.

URNWA.**Who are we**. 2014. Disponível em:<<http://www.unrwa.org/who-we-are>>. Acessado em: 29 set. 2014.

CONFLITOS NORMATIVOS NA APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Thayanne Clélia Nogueira Pinto¹

Ronaldo Alencar dos Santos²

RESUMO

O presente trabalho trata do aparente conflito normativo entre a Lei Maria da Penha e o Estatuto da Criança e do Adolescente no que tange ao trato jurídico destinado à violência doméstica, em evidência, àquela praticada por adolescente contra a mulher, com o objetivo de propor uma solução para o complexo problema da aplicabilidade das normas mencionadas. Utiliza-se para tanto da análise da repercussão jurídica e social a respeito dos casos de violência doméstica no qual o adolescente figura como o agressor. Em virtude dessa conjuntura explanada, indaga-se também qual seria o bem jurídico mais valioso a ser tutelado pelo Estado: a vítima ou o agressor? Além disso, será feita uma análise da possibilidade ou não da aplicação de ambas as Leis em conjunto, isto é, de o magistrado quando do momento da apreciação do mérito da questão, encontrar uma solução jurídica que possibilite abarcar o direito de ambas as minorias, ou seja, aplicação de uma medida cautelar, cumulado com uma medida socioeducativa. Para tanto, o trabalho desenvolvido utilizou da tipologia de uma pesquisa exploratória, pois buscou interpretar e classificar os fenômenos jurídicos ao caso apresentado. Ademais, o método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo além do procedimento comparativo, já que foi interpretado a Lei Maria da Penha e o Estatuto da Criança e do Adolescente em confronto a um caso concreto.

Palavras-chaves: Lei Maria da Penha. Estatuto da Criança e do Adolescente. Violência Doméstica.

REGULATORY CONFLICTS ON THE ENFORCEMENT OF THE MARIA DA PENHA LAW AND THE CHILD AND ADOLESCENT STATUTE IN CASES OF DOMESTIC VIOLENCE

ABSTRACT

This paper aims at analyzing the regulatory conflicts between the Maria da Penha law and the Child and Adolescent Statute in what refers to the handling of domestic violence when the teenager is the offender and the victim is a woman. The objective here is to propose a solution to the complex questions about the applicability of these two legislatures. This study was carried out through the analysis of the juridical and social effects in regards to cases of domestic violence where the adolescent is the aggressor. Based on that, we also questioned which is the most important legal asset: the victim or the aggressor? Moreover, the possibility of using both laws will be analyzed, meaning that the judge would need to find a solution that comprises both minorities, this means the application of both precautionary and social-educational measures. In order to accomplish that, this work was carried out through an exploratory research, trying to interpret and classify the legal matters to the case presented. In addition, a hypothetical-deductive method and comparative procedures were used to compare the use of the Maria da Penha law and the Children and Teenager statute.

Keywords: Law Maria da Penha. Child and Adolescent Statute. Domestic Violence.

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte- UNI-RN. E-mail: thaycnp@gmail.com

Docente Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte- UNI-RN. E-mail: ronaldo_alencar@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como fim específico apresentar a situação da mulher nos casos de violência doméstica no âmbito familiar, e da criança e do adolescente, demonstrando que estes tiveram suas condições humanas reconhecidas no decorrer do aprimoramento do ordenamento jurídico pátrio. Além disso, a obra em comento tem o escopo de analisar a situação delicada, mas presente nos lares brasileiros, de casos de violência doméstica em que o agressor é o adolescente, sendo ele um filho, um neto ou um companheiro.

Dessa forma, a premissa básica do estudo é determinar qual diploma legal deverá ser utilizado em tais casos, tendo em vista que ambos os seres envolvidos nessa relação de violência possuem um tratamento diferenciado na legislação brasileira, já que os dois são considerados seres hipossuficiente, necessitando, portanto, de uma proteção especial do Estado.

Para se alcançar esse entendimento, foi necessário estudar o conceito de família e a sua evolução histórica, conjuntamente com o progresso da mulher e a proteção especial à criança e ao adolescente. Desse modo, será analisado o caso de violência doméstica praticada pelo adolescente contra a mulher, seja ela sua mãe, avó e até mesmo companheira, com o intuito de facilitar o entendimento, pois é uma situação que não era até então discutida no judiciário, porém este ente jurídico deve enfrentar tal problemática, escolhendo o diploma legal por excelência, com o fim de atender às necessidades dos indivíduos presentes nessa relação jurídica.

Além de escolher o diploma legal, deve-se atentar para a proteção da integridade física, psíquica e moral de ambos os seres envolvidos, de modo que cesse a violência, mas ao mesmo tempo recupere a dignidade dos envolvidos.

Com o propósito de compreender a escolha do diploma legal, a presente obra possui como base em sua tipologia uma pesquisa exploratória, uma vez que se constitui como fase primária de análise do referencial bibliográfico, com o intuito de buscar dados com o fim precípua de proporcionar maiores informações acerca do assunto que será abordado. Como a pesquisa possui uma perspectiva inovadora sobre o tema de violência doméstica com foco no adolescente agressor e logra de poucos achados literários sobre o tema em questão, a pesquisa baseia-se em um caráter descritivo-exploratório quanto aos seus fins.

Ademais, tem também como basilar a pesquisa explicativa por se tratar de uma metodologia que busca, além de interpretar e classificar os fenômenos jurídicos a serem desenvolvidos, uma resposta no que tange a descobrir os fatores determinantes com o anseio de aprofundar o conhecimento teórico concomitante com a realidade (LAKATOS; MARCONI, 2010).

O método de abordagem a ser utilizado é o hipotético-dedutivo, por se tratar de fatos gerais e conhecidos como a lei Maria da Penha e o Estatuto da Criança e do Adolescente, e através destes é possível se chegar ao raciocínio da construção da lei, fator decisivo para a solução da pergunta problema.

1 ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS FAMÍLIAS

Para compreender de forma plena a evolução da família, é necessário analisar concomitantemente o progresso da mulher e da criança e do adolescente. Dessa maneira, é indispensável tecer

comentários sobre esses institutos no decorrer dos séculos, já que ambos os sujeitos jamais foram estáticos, ou seja, sofreram e ainda sofrem constantes transmudações jurídicas e sociais, apresentando, portanto, o seu caráter dinâmico e mutável, sujeitos a um processo histórico de construção e desconstrução³. Partindo-se dessa premissa, o autor Coulanges (2009, p. 16) aduz que:

Se as leis da associação humana não são mais as mesmas que na Antiguidade, é porque há no homem algo que mudou. Com efeito, parte do nosso ser modifica-se de século em século; é a nossa inteligência. Ela está sempre em movimento e quase sempre em progresso, e, por causa dela, as nossas instituições e as nossas leis estão sujeitas às mudanças. O homem não pensa mais hoje o que pensava há vinte e cinco séculos, e é por isso que não se governa mais como se governava.

Diante do que foi exposto, é notório que as supracitadas instituições, bem como a legislação, estão em constante desenvolvimento. Isso ocorre pelo intuito de atender às necessidades sociais, amparando-as com a lei, de forma que os costumes pouco a pouco vão incorporando-se no ordenamento jurídico brasileiro, provocando, por conseguinte, maior segurança jurídica e social. Entendemos que “é difícil encontrar uma definição de família de forma a dimensionar o que, no contexto social dos dias de hoje, se insere nesse conceito” (DIAS, 2007, p.40). Todavia, Vassal (2013, p.126) afirma que:

Evidentemente que o conceito de família vai variar de acordo com o contexto temporal, cultural, político e econômico em que a mesma esteja inserida, sendo certo, no entanto, que, em todos eles, a família é entendida como célula mater da sociedade.

Isso é perceptível também nos ensinamentos de Coulanges (2009) ao longo do seu livro “A Cidade Antiga”, em que demonstra que no decorrer dos séculos o conceito de família foi modificado conforme a época vigente, como no direito romano, no qual a família era estruturada sob a ótica do princípio da autoridade. Portanto, o homem detinha a função do poder familiar ou *pater familiae*.

A família, no início dos tempos, tinha forte ligação com o fogo, pois se acreditava que “o fogo só cessava de brilhar no altar quando a família inteira se houvesse extinguido; lareira extinta, família extinta” (COULANGES, 2009, p. 34). Diga-se, o fogo consistia em uma obrigação sagrada da família na qual o *pater familiae* tinha o objetivo de mantê-lo aceso com o propósito da perpetuação da entidade familiar e da religião doméstica. Além disso, o fogo era visto como uma espécie de deus benfazejo, isto é, um deus que faz o bem, que zela pelo homem. Também era visto como símbolo religioso o qual protegia a família de todo e qualquer infortúnio e concedia do mesmo modo proteção aos entes dessa instituição. Outrossim, o *pater familiae* administrava as cerimônias, interpretando-as conforme a vontade do seu Deus, podendo ensiná-las somente ao seu filho varão, já que este, após o falecimento do seu progenitor, deveria preservar o fogo e, conseqüentemente, a religião doméstica da família e o banquete fúnebre. Por outro lado, a mulher não era detentora do direito de salvaguardar culto doméstico, somente participava dele, como nos ensina Coulanges (2002, p. 48):

3 “Não obstante, a imagem de mundo que Heráclito fundamentalmente transmite é a de que tudo está em movimento (como o fogo), nada permanece imóvel, a realidade é constituída por opostos: as coisas são e não são ao mesmo tempo. Nada pode ter a pretensão de ser o ser em si. Pelo contrário, para Heráclito a realidade fundamental é este vir a ser, o devir, o fluir, esta modificação contínua das coisas” (GOTTSCHEK, 2007, p.14).

Por intermédio do pai ou do marido e, enfim, que depois da morte a mulher não tivesse a mesma parte que o homem no culto e nas cerimônias do banquete fúnebre. Disso resultaram ainda outras consequências gravíssimas no direito privado e na constituição da família.

Dessa forma, a figura feminina não possuía autonomia religiosa, quer dizer, somente poderia participar dos rituais por meio de seu pai ou de seu marido. Isso demonstra claramente a hipossuficiência feminina desde os tempos mais remotos.

De acordo com as normas gregas e romanas, o princípio da família não consistia somente em sua geração, a saber, o filho emancipado e a filha casada não mais participavam da família, além disso existia um tratamento desigualitário para com o filho homem e a filha mulher, uma vez que aquele sucedia o pai após a sua morte e essa não tinha qualquer direito sucessório. Essa situação é explanada por Gonçalves (2012, p.27):

O pater exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com manus com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça.

A partir disso, percebe-se que o que conectava a família não eram os laços sanguíneos e sim a devoção ao culto religioso, ou melhor, sua aceitação, como também a veneração ao mesmo Deus, ao mesmo fogo, cabendo ao filho varão, após a morte do progenitor, manter a chama acesa, já que esta indicava a proteção e a existência da família, pois como dissertado outrora, o fim da chama representava o encerramento da entidade familiar.

Coulanges (2009, p.53) nos ensina que “a família antiga é uma associação religiosa, mais ainda do que uma associação natural”. Isso quer dizer que as regras sucessórias não derivavam unicamente dos laços sanguíneos, porque o filho adotado tinha direito ao acervo hereditário e o emancipado, por outro lado, nada receberia e o legatário, por sua vez, caso se recusasse a aderir ao culto, também não seria beneficiário do direito sucessório; isso tinha como basilar a aceitação ou não do culto religioso. Na mesma linha de raciocínio, o autor Pereira (1991, p.23) nos ensina que o *pater familiae*

...era o sacerdote, o senhor e o magistrado, estavam, portanto, os membros da primitiva família romana (esposa, filhos, escravos) sobre os quais o pater exercia os poderes espiritual e temporal, à época unificados. No exercício do poder temporal, o pater julgava os próprios membros da família, sobre os quais tinha poder de vida e de morte (jus vitae et necis), agindo, em tais ocasiões, como verdadeiro magistrado. Como sacerdote, submetia o pater os membros da família à religião que elegia.

Em outras palavras, “não foi a religião que criou a família, mas certamente foi ela que lhe deu normas” (COULANGES, 2009, p. 53). Consistia, então, em um conjunto de pessoas cuja religião possibilitava oferecer o banquete fúnebre aos mesmos antepassados e preservava a chama do fogo, bem como ensinava a praticar a religião doméstica. Diga-se, o que unia a família era a adoração ao mesmo Deus e, por consequência, a sua própria perpetuação.

Entretanto, nem todos os membros da família conservavam a mesma religião desde o nascimento, pois a filha ao se casar abandonava a religião doméstica que cultivava desde o princípio de sua existência, passando a invocar o lar do marido, em virtude da impossibilidade de conjurar dois lares, duas religiões concomitantemente. Por isso, “a partir do casamento (...) a mulher nada mais tem em comum com a religião doméstica dos pais; ela sacrifica à lareira do marido” (BIZÂNCIO, *apud* COULANGES, 2009, p. 54).

O casamento, por sua vez, possuía a característica indispensável de procriação, já que a existência de uma entidade familiar era sinônimo de perpetuação da família, do culto religioso (religião doméstica) e do banquete fúnebre. Vale salientar que a mulher possuía a obrigação de gerar um filho varão, pois somente ele, após a morte do seu genitor, seria capaz de propagar a religião. Ademais, o filho gerado fora do casamento não poderia exercer a mesma função do filho legítimo - varão-, porque não possuiria os mesmos descendentes do seu pai.

Partindo dessa premissa, é possível afirmar que se a mulher fosse estéril era possível o instituto do divórcio, uma vez que para substituir o seu marido poderia ser o irmão ou parente dele na relação conjugal, e a mulher era obrigada a se entregar, ou nos casos de morte prematura do marido. Dessa forma, a criança advinda dessa relação seria considerada filha legítima do marido, ou seja, o filho varão era o salvador do lar paterno, garantindo, portanto, a perpetuação do culto religioso, pois de acordo com os preceitos dessa época “a religião dizia que a família não devia extinguir-se; todo afeto e todo direito natural deviam ceder diante dessa regra absoluta” (COULANGES, 2009, p. 63).

Além disso, existia a possibilidade de adoção, a qual tinha o intuito de zelar pela perpetuação religiosa, bem como do banquete fúnebre, o que por consequência impediria a extinção do lar. Ainda nesse contexto, é importante destacar que o instituto da adoção está ligado com o da emancipação, uma vez que para adotar era necessário que o adotado tivesse saído da antiga família, ou seja, que ele tivesse sido liberado de sua religião.

Portanto, a terminologia parentesco estava associada à prática da mesma religião doméstica, isto é, não era necessário o laço da consanguinidade para ser caracterizado o parentesco, bastando apenas que ambos os parentes “tivessem os mesmos deuses, o mesmo lar, a mesma refeição fúnebre” (COULANGES, 2009, p. 68).

Já na Idade Média, o casamento religioso era a autêntica consagração da união entre o homem e a mulher em razão da vigência do direito canônico. A saber, o direito das famílias, a partir do século XIX e XX, inovou em diversos aspectos, como, por exemplo, a incorporação ao ordenamento jurídico pátrio, o reconhecimento da união estável, assim como a consagração do princípio da igualdade entre o homem e a mulher e o princípio da dignidade humana.

Sendo assim, a família passou a utilizar como basilar a promoção aos direitos fundamentais, com premissa na Constituição Federal (BRASIL, 1988) “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Além disso, a Constituição vigente preconiza a igualdade de direitos e deveres para o homem e a mulher⁴.

4 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (*grifo nosso*).

Sob o prisma da Constituição Federal, retiram-se três modelos de famílias, quais sejam: o casamento, a união estável e a entidade monoparental. Todavia, esse rol não é taxativo, já que, como verificado anteriormente, a entidade familiar como consequência da evolução social sempre está em constantes alterações. Cita-se como exemplo de famílias também a: anaparental, pluriparental, paralela, homoafetiva, poliafetiva, entre outras. Conforme elucida Gonçalves (2012, p.15):

[...]a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado.

Portanto, é perceptível que o conceito de família admitiu e ainda possibilita diversas mudanças e transformações ao longo dos séculos, devido à globalização, variações sociais, culturais, políticas, tecnológicas, religiosas, entre outras, acarretando, dessa forma, estruturas e composições distintas de entidades familiares no decorrer dos tempos, as quais surgiram com escopo de, concomitantemente com a lei e as questões sociais eminentes, criar aparato jurídico e social para intervir no núcleo familiar.

Feita essas considerações, é de suma importância abordar acerca do tema violência doméstica e familiar, para compreender os tipos de agressões que a mulher pode sofrer no âmbito da família, bem como o aparato legal que a protegerá do agressor e a implementação de políticas públicas para auxiliar nessa situação de vulnerabilidade social.

E, ainda nesse contexto, será analisada também a figura do agressor, que pode ser tanto o cônjuge, companheiro ou até mesmo o filho da mulher agredida. Todavia, o foco do presente trabalho é o agressor adolescente, ressaltando que este é um ser em pleno desenvolvimento, ou melhor, ele não atingiu ainda a sua capacidade plena de discernimento. Contudo, é necessário abordar acerca da evolução histórica do papel da mulher na sociedade, com a finalidade de compreender melhor o instituto jurídico da violência doméstica, conforme será visto a seguir.

3 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O PAPEL DA MULHER NA SOCIEDADE

Ao que tange à figura da mulher, esta desde os primórdios, conforme supramencionado, era vista como um ser inferior ao homem, não era considerada, portanto, senhora do lar, pois não conservava a sua religião desde o seu nascimento, já que com o fato gerador casamento aderiria à religião do marido e, por consequência, deixava de pertencer a sua religião primária. Essa situação pode ser correlacionada nos ensinamentos de Silva (2008, p.1):

A mulher era educada para servir, o homem era educado para assumir a posição do senhor todo poderoso. Quando solteira, vivia sob a dominação do pai ou do irmão mais velho, ao casar-se, o pai transmitia todos os seus direitos ao marido, submetendo a mulher à autoridade deste. A mulher nada mais era do que um objeto.

Conforme nos diz Silva (2008, p.2), “O próprio Direito Romano, berço da nossa cultura jurídica, já desprovia a mulher de capacidade jurídica. A religião era prerrogativa masculina

da qual a mulher somente participaria com a autorização do pai ou do marido”. De fato, no decorrer da história da humanidade, a mulher foi subjugada, sendo considerada submissa e com menor potencial em relação ao homem, tanto por ser mais fraca fisicamente quanto por ser a ela inacessível a atividade intelectual.

Porém, o crescente desenvolvimento da sociedade e, conseqüentemente, as diversas transformações influenciaram as mulheres na participação direta da produção social. Isso possibilitou a conquista de gradativas modificações na legislação, prevendo direitos que anteriormente não eram destinados para tais.

No entanto, é relevante ponderar que mesmo com esses avanços na legislação, a situação da mulher ainda precisa melhorar, porque somente a lei sem a devida aplicação não é capaz de concretizar princípios, garantir direitos, tornar realidade a cidadania. É necessário que haja um incansável fluxo de conscientização que tenha como intuito quebrar preconceitos, não apenas no que se refere ao mercado de trabalho, mas também sobre a democracia, o combate à exclusão social e o combate à violência contra a mulher, constituindo-se num importante marco para a proteção dos direitos humanos⁵. Na mesma linha de raciocínio, Pinho (2009, p.306) nos ensina que:

O fundamento da lei é a hipossuficiência, que torna desproporcional a relação entre homens e mulheres. De fato, a desigualdade é natural nas relações humanas e, a propósito, nas relações entre todos os animais. A igualdade, a seu turno, é racional. Afastamos as desigualdades à medida que exercitamos a razão, por isso, quanto mais evoluída é uma sociedade, menores são as desigualdades sociais. Até certo ponto, as desigualdades são positivas, e o limite que cerceia o abuso é exatamente ter a dignidade da pessoa humana como valor inexorável. A partir desse pressuposto, conclui-se que a hipossuficiência deve ser tutelada quando relega o cidadão a uma condição indigna.

Diga-se, toda mulher é digna de viver longe da violência doméstica e do medo. O que se estabeleceu por muito tempo foi a desigualdade entre mulheres e homens na sociedade. A mulher, portanto, possuía uma relação desfavorecida, sendo subjugada, submissa em relação ao homem, concretizando um baixo potencial nas suas relações sociais. A partir dessa premissa, é inegável que as mulheres, desde os primórdios, buscam se envolver de forma absoluta na vida econômica, política e social na sociedade em que estão inseridas. Nesse mesmo sentido, Martini (2009, p.3) preconiza que:

Foi através do feminismo, por meio da história de reivindicações e conquistas por direitos das mulheres, que deu-se vicissitudes à então situação feminina. Os movimentos feministas endossaram grandiosas perspectivas, com pousada nas práticas sociais contemporâneas, tendo sido, ao menos no Brasil, tais reivindicações incorporadas às leis vigentes no atual ordenamento jurídico. Porém, essa luta se deu de forma lenta, à custa de muita batalha e após incessantes reivindicações sociais femininas.

5 Quando analisados os direitos humanos, que são fundamentais para a mulher, atentamos para a Lei nº 11.340, mais conhecida como Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006): Art. 2º: Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Além disso, antigamente predominava o regime patriarcal, que consiste na soberania do homem e que se valia da força física, refletindo esse regime no âmbito da família e das relações de produção, caracterizando, então, a situação de hipossuficiência da mulher. Situação esta contextualizada por Vassal (2013) “ao homem cabia a direção da família enquanto a mulher era equiparada aos relativamente incapazes”.

Ademais, ela não representava os antepassados, já que não podia sozinha ofertar o banquete fúnebre, muito menos manter a chama acesa do fogo, isto é, o instituto da família. Além disso, não receberia com a sua morte um culto especial.

Conforme o Código de Manu, em seu artigo 420º, pode-se perceber que “Uma mulher está sob a guarda de seu pai, durante a infância, sob a guarda de seu marido, durante a juventude, sob a guarda de seus filhos em sua velhice; ela não deve jamais se conduzir à sua vontade”.

Na constância do casamento, a mulher poderia finalmente alcançar a sua dignidade, além disso, “a mulher mesmo que viúva fosse não podia nem emancipar nem adotar (...) jamais tinha os filhos em seu poder” (COULANGES, 2009, p. 103). A partir disso, é possível notar que a mulher não possuía autonomia de direitos e vontades, ou melhor, que sempre era submetida ao poder de alguém, seja do pai, antes do casamento, ou do marido, na constância do matrimônio, ou dos filhos, ou na ausência deles dos parentes do marido caso este falecesse. Inclusive todos os bens, patrimônios por elas adquiridos pertenciam ao marido ou ao pai, já que eles eram os detentores de toda e qualquer propriedade. E se algum crime ela praticasse, não “seria submetida ao Estado e sim à família que tinha o direito de julgá-las” (COULANGES, 2009, p. 106), podendo também condenar a mulher à morte se assim desejasse, já que além de possuir o poder familiar, exercia a figura de magistrado dentro do seu lar.

Consoante a isso, o pai, de acordo com as leis de Roma e da Grécia, detinha o direito de rejeitar a criança, advinda de casos de adultério ou não, que acabara de nascer, como também poderia “vendê-lo e condená-lo à morte” (COULANGES, 2009, p. 111).

Vale salientar que a mulher era tanto economicamente quanto fisicamente inferior ao homem, tendo em vista a estrutura social na qual estava inserida. Além disso, era considerada submissa e com menor potencial em relação a ele, ademais, por muito tempo foi inacessível a ela a atividade intelectual, uma vez que a sua função se resumia a cuidar do lar e procriar. Por conseguinte, Morgado (2001, p. 256) aduz que:

Sobre as mulheres brasileiras recaem imensas responsabilidades: a de dona de casa, de trabalhadora, amante, companheira e mãe. Exige-se para todas as funções, esmero, dedicação e competência. Entretanto, a expectativa do bom desempenho, quase que exclusivo, destas funções pelas mulheres constitui-se em uma atribuição social, nem sempre visível ou explicitada, que se modifica de acordo com os embates travados no interior da sociedade, imprimindo-lhe um movimento constante em direção da manutenção da ordem vigente e/ou de transformações sociais.

A partir dessas premissas, far-se-á imprescindível analisar a situação atual da mulher no âmbito jurídico, já que, como visto alhures, a mulher não mais exerce unicamente a função de cuidar e guarnecer o lar. Nos dias atuais, a figura feminina alcançou um *status* de igualdade para com o homem, porque a ela é permitido agora ingressar no mercado de trabalho, entre outras prerrogativas.

Apesar de a Constituição Federal prever que todos são iguais perante a lei, tal afirmativa não incidia desde os tempos mais remotos, conforme explicações feitas outrora. Dessa forma, é possível afirmar que a mulher só passou a adquirir o *status* de minoria e, por consequência, ter uma proteção especial do Estado para defender seus direitos e a proteger do agressor após a promulgação da Lei Maria da Penha. A Lei 11.340/2006, ao ser sancionada, de acordo com (BASTERD, 2007, p. 135 *apud* MORGADO, 2011, p.268),

...cumpre com os anseios das mulheres brasileiras por uma legislação que reconheça a gravidade da violência doméstica e familiar que as acomete. Responde com notável precisão às recomendações dos Comitês da ONU e da OEA ao Estado Brasileiro.

Pode-se afirmar que o caminho até a promulgação dessa lei foi árduo, sendo necessários diversos movimentos feministas para a mulher viesse a possuir os mesmos direitos do homem e também passar ter proteção especial do Estado nos casos de violência doméstica, praticada no âmbito familiar:

Em 1996, a Resolução WHA4925, adotada pela Quadragésima Nona Assembleia Mundial de Saúde, “declarou a violência como um problema importante, e crescente, de saúde pública no mundo” (OMS, 2002, XX, *apud*, MORGADO, 2011, p. 259)⁶. Vale ressaltar que essa violência pode ter como agente ativo, ou seja, como agressor, não somente o marido, como também o pai, o filho, irmão, tio, avô e assim por diante. Constata-se então (SAFFIOTI e ALMEIDA, 1995, p.4 *apud* MORGADO, 2011, p. 257) que:

Embora na socialização feminina estejam sempre presentes a suspeita contra os desconhecidos e a prevenção de uma eventual aproximação com estes elementos, os agressores de mulheres são, geralmente, parentes ou pessoas conhecidas, que se aproveitam da confiança desfrutada junto às suas vítimas.

Sendo assim, é perceptível que a violência doméstica no âmbito familiar poderá sofrer um processo gradual de modificação, isto é, existe a possibilidade de a violência começar no tipo psicológico, progredir para o sexual e findar no físico. Todavia, essa recíproca não é verdadeira, já que pode iniciar de outros modos e até mesmo começar com as agressões físicas.⁷

3.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA PROTEÇÃO AO DIREITO DA MULHER

Logo, é perceptível que foi longa a trajetória e história de lutas enfrentadas pelas mulheres para chegarem à promulgação da Lei Maria da Penha. Nesse contexto, far-se-á necessário explorar a evolução jurídica percorrida pela mulher no âmbito jurídico nacional. Dessa forma, sob a égide da Lei nº 3.071 de 1916 (Código Civil de 1916), em seu artigo 6º, II:

6 Morgado (2011, p. 254) acrescenta que a “violência doméstica contra a mulher é um fenômeno social grave, que traz inúmeras consequências físicas e psicológicas para as vítimas e também para as crianças e adolescentes que a presenciam. É rotineira e de longa duração, pois frequentemente muito tempo se passa até que a mulher a denuncie. Desenvolve-se um processo que alguns autores qualificam de “escalada da violência”, onde se mesclam atos de violência emocional, física e sexual.” (*grifos do autor*)

7 “As relações de violência são extremamente tensas e quase invariavelmente caminham para o pólo negativo: a violência tende a descrever uma escala, começando por agressões verbais, passando para as físicas e/ou sexuais e podendo atingir a ameaça de morte e até mesmo o homicídio.” (SAFFIOTI; ALMEIDA, 1995, p. 35 *apud* MORGADO, 2011, p.260)

Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:
I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).
II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

A mulher ao se casar perdia a capacidade plena, tornava-se relativamente incapaz e necessitava até do consentimento do marido para celebrar contratos de trabalho, podendo, à revelia da trabalhadora, invocar situação de perigo para a unidade familiar e então dar por findo o contrato que ela celebrou.

Essa situação perdurou até o advento da Lei nº 4.121 de 1962 (Estatuto da Mulher Casada), em que houve a exclusão do rol taxativo dos relativamente incapazes às mulheres. Dessa maneira, deixaram de depender do consentimento do marido quando se tratava de oferecer queixa crime, conforme se preconiza em regra do Código de Processo Penal.

Os avanços continuaram e a aprovação da Lei nº 6.515 de 1977 (Lei do Divórcio) foi outro passo importante no progresso da mulher em uma posição de maior dignidade no seio da sociedade, pois a situação da desquitada não era uma das mais airozas, uma vez que a mulher era discriminada já que o casamento era considerado indissolúvel.

Em 1988, veio a Constituição Federal, na qual se proclamou a igualdade de direitos do homem e da mulher, lastreada com fundamento da República Federativa do Brasil na dignidade da pessoa humana. Podem-se observar avanços mais palpáveis, ponderáveis, a partir desse momento, para que a mulher fosse alçada a uma situação de maior dignidade na sociedade. E as relações estáveis, antes chamadas apenas de uniões, sociedade de fato ou de concubinatos, passaram a ter um novo tratamento legal com a Lei nº 8.971 de 1994 (Lei do Companheirato) que regula o direito dos companheiros e alimentos e a sucessão, em que a mulher pode então desfrutar de uma situação mais equânime em relação à partilha de patrimônio quando das dissoluções dessas uniões, que não precisaram mais demonstrar o trabalho para aferição do patrimônio comum, sendo dividido em razão daquela união.

Com a Lei nº 10.406 de 2002 (Código Civil), os avanços se tornam mais permanentes, sempre sobre a égide da Constituição, e o homem perde a posição de chefe de família, passando os dois a serem colaboradores, ou seja, a haver uma distribuição equitativa dos encargos. A partir de então, incrementa-se uma visão maior de isonomia entre o homem e a mulher e se tem como ponto culminante a edição da Lei Maria da Penha.

Porém, antes da promulgação da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), em 2002, ocorreu um antecedente legislativo que tinha o fulcro de proteger e defender as mulheres, qual seja: a publicação da Lei 10.455, que alterou a redação do parágrafo único do artigo 69 da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) para "(...) em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima" (BRASIL, 1995).

Nesse ínterim, no ano de 2004, o artigo 129, §§ 9º e 10º da Lei nº 2.848 de 1940 (Código Penal) sofreu uma modificação, acrescentando um subtipo de lesão corporal leve decorrente da violência doméstica, com isso aumentou a pena mínima de três meses para seis meses.

Verificou-se que nenhum desses antecedentes vigorou, sendo alto o número de mulheres que são injustamente agredidas pelos seus companheiros, são humilhadas e tratadas com

desprezo. O problema deveria ser resolvido, entrando assim em vigor uma lei que tinha por escopo obter mais resultados, qual seja a Lei nº 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha).

Sob o mesmo ponto de vista, essa falta de proteção, nos tempos mais remotos e nos atuais, oportuniza certa margem de liberdade para o homem, denominado agora como agressor, de praticar atos de violência doméstica no âmbito familiar contra a mulher nas relações interpessoais, isto é, o agressor aproveita-se da peculiar situação de hipossuficiência e de submissão da mulher e a agride, seja na forma física, moral, sexual ou psicológica.

Ressalta-se ainda que, no que se refere à violência doméstica dentro da relação familiar, há a existência de uma dominação e controle do homem sobre a mulher. Dessa forma, é importante se refletir sobre a violência praticada por adolescentes contra ela, seja sua mãe, sua companheira ou qualquer outro parentesco.

Acresça-se a isso o fato de se falar que o adolescente é um ser em peculiar situação de desenvolvimento, tendo em vista a sua capacidade de discernimento e compreensão do certo e errado não ser completa, ou seja, ele ainda não atingiu a plenitude de sua capacidade civil e moral, não podendo, portanto, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, ser responsabilizado pelos seus atos de igual modo que um adulto seria. Contudo, para um melhor esclarecimento sobre o tempo, far-se-á necessário fazer um estudo mais detalhado sobre o que aduz a Lei 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha).

4 LEI MARIA DA PENHA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em vigor desde 22 de setembro de 2006, a Lei nº 11.340, mais conhecida como “Maria da Penha”, recebe esse nome em homenagem à farmacêutica-bioquímica cearense Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de violência contra a mulher e ativista dos direitos humanos. Em 1983, Maria da Penha sofreu a primeira tentativa de homicídio pelo seu marido e Penha descreve em seu livro a situação:

Acordei de repente, com um forte estampido dentro do quarto. Abri os olhos. Não vi ninguém. Tentei mexer-me, mas não consegui. Imediatamente fechei os olhos e um só pensamento me ocorreu: “Meu Deus, o Marco me matou com um tiro”. (...) Isso me fez permanecer com os olhos fechados, fingindo-me de morta, pois temia que Marco me desse um segundo tiro (FERNANDES, 2012, p. 39).

Posteriormente, descobriu que Marco havia simulado um assalto em sua própria casa e atirou nas costas de Maria da Penha, deixando-a paraplégica. Após isso, veio a segunda tentativa de homicídio, na qual seu marido tentou eletrocutá-la durante o banho. Maria da Penha denunciou a agressão à polícia, porém o caso demorou 19 anos e 6 meses para sanar a lide e finalmente condenar e prender o seu agressor, conforme Maria da Penha relata em seu livro “*Sobrevivi... Posso contar*”.

Em decorrência da morosidade do judiciário em julgar, processar, condenar e punir o agressor, bem como a ineficiência judicial dos tribunais brasileiros, necessário se fez que Maria da Penha conjuntamente com o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), o Comitê

Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) apresentassem uma denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) (FERNANDES, 2012).

Outrossim, foi só a partir dessa denúncia e de tantas outras medidas adotadas por essas entidades que o Brasil, através de um relatório final, elaborado pela Comissão Interamericana em 2001, acatou determinadas recomendações e finalmente iniciou o projeto para a elaboração da lei em comento. De acordo com Fernandes (2013, p. 1),

A Lei Maria da Penha é um marco na história do Direito. Esta Lei rompeu com a noção de que o processo tradicional era suficiente para que a mulher vencesse séculos de inferioridade, discriminação e violência. Mais do que uma lei repressiva, a Lei Maria da Penha recriou o processo penal, dotando-o de mecanismos para proteger a mulher, recuperar o agressor, romper o ciclo de violência das famílias e assim promover a pacificação social.

Por conseguinte, essa lei veio com a finalidade de dar um tratamento mais aprimorado à situação da mulher, vítima da violência doméstica e familiar. Pode-se dizer, então, que não trouxe propriamente novos tipos penais, mas veio dar um amplo espectro de tutela para as mulheres nessas situações, com medidas protetivas, proferidas de pronto como determinações de afastamento do agressor da esfera do convívio doméstico.

Ainda nesse sentido, prevê também a colocação da mulher em abrigos e tantas outras medidas, e possibilitou sua reinserção na sociedade, estimulando-a, inclusive a se introduzir no mercado de trabalho e procurando, então, dar-lhe esse âmbito de proteção contra os cinco tipos de violências a que ela se encontra submetida.

Portanto, a elaboração da Lei nº 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha) pelo sistema legislativo tem o intuito de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Ela fornece garantias às vítimas, como o fornecimento de abrigos provisórios para que a vítima não precise viver junto ao agressor e também alterou o código penal, consentindo assim que os agressores sejam presos em flagrante ou prisão preventiva, sendo possível que o mesmo compareça em programas de recuperação.

5 ESPÉCIES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Com fulcro na Lei nº 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha), foram assegurados à mulher métodos que devem prevenir, punir e erradicar a violência doméstica e familiar, sem distinção de raça, etnia, entre outros. Isso tem como intuito garantir direitos iguais entre homens e mulheres. Conforme o Artigo 5º da lei supramencionada, “configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (BRASIL, 2006). Sendo assim, esses itens são uma das formas que constitui a violação dos direitos humanos.

Ademais, o legislador, no artigo 7º da Lei, estabeleceu um rol taxativo de violência doméstica e familiar, qual seja, a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e a moral, nas quais iremos nos deter.

A violência física normalmente é a primeira que nos ocorre, prevista no inciso I do artigo 7º da Lei em comento, o qual preconiza que é considerada violência qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal. Inegavelmente, essa agressão pode ser a expressão de uma reação de raiva ou até mesmo de frustração que não se dissipou de outra maneira. Logo, é aquela agressão resultante de lesões corporais, prevista no artigo 129, §§ 9º e 10º da Lei nº 2.848 de 1940 (Código Penal), homicídio, previsto no artigo 121 do mesmo diploma legal, entre outras.

Por outro lado, a violência psicológica, prevista no artigo 7º, II da Lei 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha), tende a ir minando a autoestima da mulher, depreciando-a do ponto de vista psicológico. Diga-se que consiste na agressão emocional, que por muitas vezes é tão grave quanto a violência física. A prática dessa violência dar-se-á quando o agente ameaça, despreza, humilha, discrimina, tenta diminuir a autoestima da vítima, entre outras condutas previamente tipificadas no artigo em comento. Tal ação pode, inclusive, levá-la a situações de suicídio, sendo essa uma conduta do agressor tipificada no crime de instigação, induzimento e auxílio ao suicídio (art. 122 da Lei nº 2.848 de 1940 - Código Penal).

A violência sexual é mencionada no artigo 7º, III da Lei nº 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha) que compreende aquele comportamento do agente ativo em que obriga a mulher a participar ou manter relações sexuais contra a sua vontade, através de ameaça e coações físicas ou morais e até mesmo a impedi-la de usar métodos contraceptivos. Ressalta-se que nem mesmo em se tratando de casamento, o débito conjugal justifica a prática contrária à vontade da mulher, sendo perfeitamente aceitável a figura do estupro, tipificado no ilícito penal presente no Art. 213 e ss. da Lei nº 2.848 de 1940 (Código Penal).

Tem-se ainda a violência patrimonial, prevista no artigo 7º, IV da Lei nº 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha), que consiste em no auge das agressões o indivíduo também destruir objetos de uso pessoal da mulher, podendo inclusive configurar crime de dano (art. 163 da Lei nº 2.848 de 1940 - Código Penal).

Por fim, encontra-se a violência moral, que é devidamente conceituada e prevista no artigo 7º, V da Lei nº 11.340 de 2006 (Lei Maria da Penha). Esse tipo de violência encontra proteção penal nos delitos contra a honra, como, por exemplo, a calúnia, difamação e injúria, ações essas que acabam por minar o próprio conceito social da mulher.

A partir dessas considerações, é possível trazer ao presente trabalho a discussão acerca do agressor da violência doméstica, quem seja, o adolescente em conflito com a lei. Todavia, antes de analisar a situação de violência doméstica praticada no âmbito familiar por este ser em peculiar situação de desenvolvimento, é necessário entender os avanços históricos e legislativos dessa categoria para compreender de forma plena os motivos que fazem com que haja a aplicação de medida socioeducativa para o adolescente e não a aplicação de uma medida cautelar, prevista na Lei Maria da Penha.

6 COMENTÁRIOS ACERCA DO DIREITO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

Retornando ao entendimento anteriormente explanado, que a mulher era vista como propriedade e conseqüentemente o filho era visto da mesma forma, far-se-á necessário analisar a

figura do adolescente, já que o escopo deste trabalho é dissertar sobre o agressor adolescente, o qual está em peculiar situação de desenvolvimento. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº8.069 de 1990, cristaliza a condição *sui generis* do adolescente (BRASIL, 1990)⁸. Além disso, os ilustres doutrinadores Veronese; Silveira (2011, p. 39) complementam a interpretação a tal dispositivo:

O artigo 6º traz como subsídio para interpretação a referência ao bem comum, ou seja, àqueles valores que visam à construção de um Estado de Justiça e buscam prioritariamente o atendimento das necessidades da coletividade; aos direitos e deveres individuais e coletivos, e à condição peculiar da criança e do adolescente, como pessoas em desenvolvimento, razão pela qual necessitam de uma proteção especial no zelo de seus direitos. As crianças e os adolescentes necessitam dessa especial proteção aos seus direitos porque, além de não contarem com o desenvolvimento físico, mental e afetivo completos, não são capazes de suprir por si mesmos as suas necessidades mais básicas, bem como também não conhecem de maneira plena seus direitos[...]

O próprio estatuto em comento faz a distinção quanto aos sujeitos, ou seja, distingue quem é considerado criança e adolescente, utilizando-se da idade para fazer tal diferenciação (BRASIL, 1990): “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”.

Observa-se, portanto, que o dispositivo é claro ao fazer diferenciação entre criança e adolescente, levando em consideração a sua capacidade de discernimento, analisada concomitantemente com a idade, isto é, examina sob o prisma do aspecto biológico e psicológico. Entretanto, antes de analisar o que preconiza o estatuto em comento, far-se-á necessário tecer comentários acerca da evolução dos direitos da criança e do adolescente.

7 ANÁLISE HISTÓRICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

De fato, no decorrer da história da humanidade, com as mudanças ocorridas e com o desenvolvimento do ordenamento jurídico, a mulher, a criança e o adolescente foram garantindo, em um processo lento e gradual, os seus direitos. Indubitavelmente, até que as crianças e os adolescentes fossem contemplados pela condição *sui generis* de desenvolvimento, o processo aos poucos, de forma que progressivamente foram conquistando a categoria de sujeitos e titulares de direitos e obrigações, bem como a garantia da proteção integral.

Como foi dito anteriormente, a mulher era vista como propriedade e da mesma forma era vista a criança e o adolescente, ou seja, inegavelmente inexistia nas antigas civilidades qualquer proteção a esses entes. É notório que ambos estavam à mercê da vontade do *pater familiae*, já que ele administrava toda a propriedade, a religião e o lar e exercia também a função de magistrado, ou melhor, julgava todos os crimes cometidos por esses dois entes hipossuficientes, uma vez que somente o homem poderia ser submetido ao julgamento perante o Estado.

8 “Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

Acresça-se que outros pensadores também afirmam que a situação da criança e do adolescente nem sempre foi uma das mais adequadas, conforme Mendes (2006, p.10) afirma: “A criança e o adolescente sempre foram alvos de grandes discriminações por parte de toda a sociedade, a qual não se preocupava em respeitá-los ou entendê-los, desconhecendo o fato de que os mesmos são pessoas ainda em desenvolvimento”. Essa situação é notória desde o início do século XIX, em que inexistia distinção entre um cachorro e uma criança, de modo que “assim como ao dono do animal incumbe a reponsabilidade civil, pelo dano por este causado, igual responsabilidade terá aquele que exercer o poder familiar pelos atos do filho menor que estiver sob sua autoridade e em sua companhia” (SARAIVA, 2009, p. 27-28).

Além disso, as Ordenações de Filipinas preconizava que a imputabilidade penal tinha início aos sete anos de idade, podendo inclusive ser responsabilizado penalmente. Entretanto, não poderia ser condenado à pena de morte, pois tinha o direito à redução da pena de acordo com a discricionariedade, quando do momento da análise da malícia da criança. Ademais, aos menores de dezessete anos não se aplicava a pena de morte (SARAIVA, 2009).

Após a Proclamação da Independência Brasileira em 1822, surgiu o primeiro Código Criminal Brasileiro em 16 de dezembro de 1830, o qual trouxe a imputabilidade penal plena para 14 anos, conforme o artigo 10º desta lei:

Art. 10. Também não se julgarão criminosos: 1º Os menores de quatorze anos. 2º Os loucos de todo o gênero, salvo se tiverem lúcidos intervalos, e neles cometerem o crime. 3º Os que cometerem crimes violentados por força, ou por medos irresistíveis. 4º Os que cometerem crimes casualmente no exercício, ou prática de qualquer ato lícito, feito com a tenção ordinária.

No entanto, caso ficasse comprovado que o delito cometido pelos menores de quatorze anos fora praticado com discernimento, o juiz iria recolher a criança em questão às casas de correção até no máximo dezessete anos (BRASIL, 1830)⁹.

Com fulcro nos artigos 27, §§ 1º e 2º, cumulado com o artigo 30 do Decreto nº 848 de 1890, percebe-se, ao interpretar a lei, que aquelas crianças e adolescentes com idade de pelo menos 9 anos completos e 14 anos incompletos que tiverem praticado um delito com discernimento serão encaminhados a estabelecimentos disciplinares industriais. Ressalta-se que o tempo de permanência é ato discricionário do juiz, porém não pode exceder a idade de 17 anos (BRASIL, 1890):

Art. 27. Não são criminosos: § 1º Os menores de 9 anos completos; § 2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento;

Art. 30. Os maiores de 9 anos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda a idade de 17 anos.

Nesse sentido, a capacidade de discernimento está intimamente ligada com a aptidão de reconhecer o certo do errado. Ademais, de acordo com o artigo 49 do decreto em comento, os

9 “Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze anos, que tiverem cometido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos às casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda à idade de dezessete anos.”

menores de até 21 anos ficavam no mesmo estabelecimento industrial para cumprir a pena de prisão disciplinar (BRASIL, 1890): “Art.49. “A pena de prisão disciplinar será cumprida em estabelecimentos industriais especiais, onde serão recolhidos os menores até á idade de 21 anos.”

Além disso, no final do século XIX, percebe-se que o marco inicial para a proteção dos direitos da criança e do adolescente se deu em 1896, com o caso da criança Marie Anne, a qual com apenas nove anos de idade era vítima de intensos maus-tratos por parte de seus progenitores. A situação era tão insustentável que o caso chegou ao Tribunal, sendo seus direitos defendidos pela Sociedade Protetora dos Animais de Nova Iorque, já que nessa época as crianças e os animais possuíam uma situação congênere de tratamento.

Por consequência disso, iniciou-se o processo de germinação do Direito dos Menores, bem como a criação da primeira liga de proteção à infância, o *Save the Children of World*. Posteriormente, em 1899, no Estado de Illinois, surgiu o Primeiro Tribunal de Menores do mundo, criação esta que gerou o início da intervenção estatal na proteção da criança e do adolescente por intermédio da justiça, com o escopo de alcançar a mais lúdima justiça (SARAIVA, 2009).

De acordo com Saraiva (2009), ele ressalta que, com o surgimento do Código Penal de 1940, o menor de 18 anos, de acordo com o artigo 23, estava sujeito apenas à pedagogia corretiva da legislação especial. Além disso, o mesmo autor disserta que em 1942, durante o governo de Getúlio Vargas, houve a criação do Serviço de Assistência aos Menores (SAM), serviço esse destinado à correção dos jovens, o qual possuía um caráter repressivo. Ademais, o SAM foi utilizado como basilar para posteriormente ser criada a FUNABEM¹⁰, berço das FEBEMs¹¹.

Além disso, no mesmo período histórico, mais precisamente no ano de 1948, foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos pela ONU, na qual se reconhecia que a infância precisava ser protegida, devendo ter assistência e cuidados especiais. Isso serviu de alicerce para onze anos depois a ONU criar a Declaração Universal dos Direitos da Criança, a qual preconiza, segundo Saraiva (2009, p. 47): “É lançado nesse documento o embrião de uma nova concepção jurídica de infância que irá evoluir no final da década de oitenta, século XX, para a formação da Doutrina da Proteção Integral”. Agora a criança passa a ser “sujeito do processo, titular de direitos e obrigações próprias de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento” (SARAIVA, 2009, p. 48).

Como o intuito deste capítulo é tecer breves comentários sobre a evolução do direito da criança e do adolescente, far-se-á necessário dar um salto na história, analisando assim o Código de Menores de 1979, a Constituição Federal de 1988 e, por fim, a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Outrossim, o Código de Menores de 1979, conhecido também como Lei nº 6.697 de 10 de outubro, traz em seu bojo a doutrina da situação irregular, situação essa explanada pelo autor Saraiva (2009, p. 51):

A declaração da situação irregular tanto pode derivar de sua conduta pessoal (caso de infrações por ele praticadas ou de “desvio de conduta”), como da família (maus-tratos) ou da própria sociedade (abandono). Haveria uma situação irregular, uma “moléstia social”, sem distinguir, com clareza, situações decorrentes da conduta do jovem ou daqueles que o cercam.

10 Fundação Nacional do Bem Estar do Menor

11 Fundação Estadual do Bem Estar do Menor

Dessa forma, com advento da Constituição Federal de 1988, foram implementados os direitos fundamentais da criança e do adolescente, que poderiam ser verificados no artigo 227, *caput*. (BRASIL, 1988)¹². Contribuindo para tal entendimento, explanam Veronese; Silveira (2011, p.26):

O Código de Menores de 1979 apesar de ter constituído, em relação ao anterior (de 1927), um avanço em algumas direções, continha alguns aspectos controversos, que permitiam questionamentos e críticas, como é o caso das características inquisitoriais do processo envolvendo crianças e adolescentes, posto que, enquanto a própria Constituição Federal de 1988 garantia ao maior de 18 anos defesa ampla, o referido Código não previa o princípio do contraditório. Outro fato que pode ser colocado dessa distorção era a existência para os menores de 18 anos da “prisão cautelar”, uma vez que o “menor”, autor da infração penal, podia ser apreendido para fins de verificação, o que significa uma verdadeira afronta aos direitos da criança. Em contrapartida, em relação ao adulto, a prisão preventiva só poderia ser aplicada em dois casos: flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente...

Analisando o art. 227 da C.F, cumulado com o Código do Menor vigente, percebeu-se a necessidade de criar uma nova legislação para a proteção da criança e do adolescente, tendo em vista que para a época existia um conflito entre esses dois diplomas legais, já que a CF/88 considera esses entes como sujeitos de direitos, os quais necessitam de proteção integral e não mais uma doutrina da situação irregular outrora vigente. Assim sendo, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, para regulamentar o artigo constitucional supramencionado, Portanto, o ilustre doutrinador Mendes (2006 p.29) afirma que: “... o ECA veio para romper grandes obstáculos, mudar conceitos e valores, transformar mentes e visões até então totalmente distorcidas, posto que os menores viviam uma realidade que estava muito aquém de suas necessidades”.

O estudioso Mendes (2006, p. 30) complementa: “... o Estatuto da Criança e do Adolescente foi uma verdadeira revolução social, mudando conceitos e valores, colocando, assim, em primeiro plano, aqueles que até então vinham sendo massacrados e desprezados”. Diga-se, somente em 1990 a criança e o adolescente foram contemplados como sujeitos em peculiar situação de desenvolvimento, recebendo, portanto, um cuidado especial do Estado, da sociedade e da própria família. Situação essa verificada nos dizeres de Vercelone (2009):

Trata-se da técnica legislativa usual quando se reconhece que uma parte substancial da população tem sido até o momento excluída da sociedade e coloca-se agora em primeiro plano na ordem de prioridades dos fins a que o Estado se propõe. Desta vez não se trata de uma classe social ou de uma etnia, mas de uma categoria de cidadãos identificada a partir da idade. Mas trata-se, contudo, de uma revolução feita por pessoas estranhas àquela categoria, isto é, os adultos em favor dos imaturos.

A partir das explicações feitas no decorrer do trabalho, é possível, por fim, examinar simultaneamente a figura da mulher e do adolescente nos casos de violência doméstica contra a

12 “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. (*grifo nosso*)

mulher, a qual foi praticada por este ser em peculiar situação de desenvolvimento. Dessa forma, é imperioso verificar se existe a possibilidade ou não da aplicação concomitante da Lei Maria da Penha e do Estatuto da Criança e do Adolescente frente a essa situação de violência doméstica no âmbito familiar.

8 APLICAÇÃO CONCOMITANTE DA LEI MARIA DA PENHA E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

Após ponderar a respeito do que preconiza a Lei Maria da Penha, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente, pode-se afirmar que é axiomática a coevolução desses dois entes. Partindo da premissa de que para o leitor está cristalino o que cada uma dessas normas jurídicas preconiza, pode-se introduzir ao presente trabalho a situação de violência doméstica praticada no âmbito familiar por um adolescente em conflito com a lei. Dessa maneira, é árdua a interpretação concomitante de ambas as leis. Nesse sentido, Fonseca (2012, p.35) narra essa dificuldade:

A violência do adolescente em face da mulher, no ambiente familiar e doméstico, oportuniza certa dificuldade no campo jurídico e até certo ineditismo, diante da vigência da Lei Maria da Penha em cotejo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Vale ressaltar que a Lei Maria da Penha tem um *viés repressivo* em ordem de defender a mulher e afastar o agressor do âmbito familiar com cunho *cautelar*, em contraposição ao Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê medidas protetivas a esses indivíduos, buscando tutelar o seu desenvolvimento humano com alicerce na Proteção Integral, assim como o Princípio da Absoluta Prioridade, conforme preconiza a Constituição Federal em seu artigo 227, § 3º, V, CF (BRASIL, 1988)¹³.

Por conseguinte, abre-se um questionamento sobre a nomenclatura trazida pela Lei Maria da Penha, em seus artigos 5º, 12, 20 e 22, entre outros, pois o bojo da lei traz um conceito geral do *agressor* e não específico, já que a referida norma não faz referência à idade deste e muito menos fornece interpretação específica no que diz respeito à punição do adolescente agressor. Todavia, é importante ressaltar que o adolescente agressor estaria na posição de *hipossuficiência* para o direito em relação à mulher agredida, encontrando-se em condição *sui generis* de desenvolvimento, que requer um tratamento jurídico diferenciado, tão logo especial, não podendo impor-lhe medidas protetivas de urgência de cunho processual civil, penal, administrativo e civil, conforme prevê a Lei Maria da Penha, mas sim a aplicação das medidas socioeducativas previstas nos artigos 112 a 128 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sendo assim, é inegável que o adolescente pode figurar no polo ativo da violência doméstica, isto é, pode ser autor da violência. Entretanto, o que se questiona é qual seria a norma jurídica a ser utilizada quando do momento da condenação do ato infracional. Em outras palavras,

13 "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. (...)§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: (...)V - **obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade.**" (*grifo nosso*)

indaga-se se o magistrado deve utilizar o ECA ou a Lei Maria da Penha, porque, como dissertado anteriormente, elas possuem medidas diferentes. Contudo, esse questionamento é sanado ao analisar o Enunciado nº 005/2011 da COPEVID¹⁴, (BRASIL, 2011):

Nos casos de adolescentes que cometem atos infracionais em situação e violência doméstica e familiar contra a mulher é cabível a aplicação das medidas de proteção previstas na Lei Maria da Penha, nos termos do seu artigo 13, exclusivamente pelo Juízo da Infância e Juventude, observando-se nos casos concretos a real situação de vulnerabilidade da vítima e resguardada a proteção integral ao adolescente prevista no Estatuto da Criança e Adolescente. (Aprovado na Plenária da III Reunião Ordinária do GNDH de 16/09/2011 e pelo Colegiado do CNPG de 19/01/2012).

Assim sendo, o juiz de direito Rodrigues (2013) expõe que a Lei Maria da Penha não determina precisamente a idade do agressor, logo, um adolescente pode ser o sujeito ativo da violência doméstica contra a mulher, mas o magistrado deve procurar uma solução jurídica com fulcro de aplicar concomitantemente ambas as leis, isto é, de afastar o adolescente agressor do âmbito familiar, porém deverá, antes disso, definir o local que acolherá esse adolescente ou até mesmo decretar a internação provisória, tendo como basilar de sua decisão o princípio da proteção integral. Entendimento este que foi sedimentado nos tribunais brasileiros (BRASIL, 2014)¹⁵ e transposto no voto da Des.^a Liselena Schifino:

Ora, o artigo 5º da Lei Maria da Penha prevê como violência doméstica e familiar contra a mulher toda espécie de agressão (ação ou omissão), baseada no gênero, isto é, na condição hipossuficiente da mulher, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, importando em violação dos direitos humanos, independente da habitualidade da agressão. Comprovadas a autoria e a materialidade, impõe-se a reforma da decisão, para que seja aplicada medida socioeducativa ao adolescente, que confessou as agressões, o que veio corroborado pela palavra da vítima, que merece especial destaque em atos infracionais desta natureza.

Isso quer dizer que no ordenamento jurídico brasileiro não resta dúvida da possibilidade de aplicar ambas as leis em conjunto, de forma a atender os anseios da vítima de violência doméstica e do adolescente que se encontra na prática de ato infracional, o qual ainda está em peculiar situação de desenvolvimento.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, pela pesquisa apresentada, que a mulher, a criança e o adolescente, através da história, foram conquistando seu espaço na sociedade brasileira, por intermédio de um processo lento e gradual, sendo notório o árduo caminho que ambas as instituições percorreram até serem considerados seres hipossuficiente e alcançarem uma proteção legislativa específica.

14 Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil (CNDH/CNPG).

15 APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI MARIA DA PENHA. VALIDADE DA PALAVRA DA VÍTIMA. RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70059470351, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 30/04/2014).

Por conseguinte, como fora demonstrado na presente obra, a família inicialmente era gerida pelo homem (*pater familiae*). Dessa forma, a mulher não poderia intervir na gerência do lar, pois exercia unicamente a função de procriação e o filho varão tinha a precípua função de herdar os deveres do pai para com a religião. Todavia, após o advento da CF/88, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, cumulado com o princípio da igualdade entre o homem e a mulher.

Sendo assim, a mulher passa a ganhar espaço na entidade familiar, já que o casal deverá administrar a família conjuntamente, tendo em vista a previsão do legal constante no artigo 226, §5º, CF. Além disso, da mesma forma que para a mulher a evolução de seus direitos se deu de forma progressiva, para a criança e o adolescente não foi diferente, pois inicialmente esses seres eram vistos como propriedade e posteriormente estavam no mesmo patamar que um animal, ou seja, não tinham a proteção especial do Estado.

Todavia, a partir da evolução do contexto social, histórico e político, bem como a omissão do reconhecimento de direitos e deveres com relação a esses indivíduos, foi reconhecida a doutrina da proteção integral, prevista na Carta Magna e posteriormente ratificada e ampliada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Outrossim, a criança e o adolescente podem figurar tanto no polo ativo de atos infracionais, como também de serem sujeitos passivos de ilícitos penais, cíveis, dentre outros. Dessa maneira, o aumento da violência contra criança e adolescente serviu de alicerce para o ordenamento jurídico pátrio substituir a doutrina da situação irregular para a da proteção integral, envolvendo a própria família, sociedade e Estado como entes parceiros dessa proteção.

Por conseguinte, foi analisada a definição de agressor constante na Lei Maria da Penha, na qual se ressalta inexistir previsão legal referente à idade deste, ou seja, existe uma margem de liberdade para interpretar que o agressor pode ser tanto um adulto como um adolescente em conflito com a lei.

Ademais, foi estudada a figura do adolescente infrator constante no Estatuto da Criança e do Adolescente, com o fulcro de determinar qual norma jurídica seria utilizada nos casos de violência doméstica no âmbito familiar praticada por esse adolescente, lembrando que esse infrator pode ser tanto o companheiro, como também o filho e até mesmo o neto da mulher agredida.

Os operadores do direito frente a essa situação, qual seja, violência doméstica contra a mulher praticada por adolescente, questionam qual seria o diploma legal por excelência a ser aplicado, inclusive indagando qual seria a norma prioritária e subsidiária no caso em comento. Contudo, tal dúvida não mais perdura em virtude do Enunciado nº 005/2011 COPEVID, que ratifica que nos casos envolvendo o adolescente agressor deve ser aplicada a legislação específica relativa à criança e ao adolescente, conforme o artigo 13 da Lei nº 11.340/2006.

Por fim, não resta dúvida de que o adolescente, frente ao direito da mulher, é considerado hipossuficiente, tendo em vista a sua peculiar situação de desenvolvimento, necessitando, portanto, de um atendimento diferenciado, com o fulcro de garantir um desenvolvimento sadio concomitantemente com a ressocialização deste na sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, 12 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 11.340, de 07 de Agosto de 2006**. (Lei Maria da Penha). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 04 out. 2014.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 out. 2014.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 18 out. 2014.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 4.121, de 27º de Agosto de 1962**. (Estatuto da Mulher Casada). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 18 out. 2014.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 6.515 de 26º de Dezembro de 1977**. (Lei do Divórcio). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm>. Acesso em: 18 out. 2014.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 8.971 de 29º de Dezembro de 1994**. (Lei do Companheirato). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8971.htm>. Acesso em: 18 out. 2014.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**. (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 out. 2014.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.455 de 13 de Maio de 2002**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10455.htm>. Acesso em: 18 out. 2014.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 9.099 de 26 de Setembro de 1995** (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 18 out. 2014.

_____.Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940** (Código Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2014.

_____.Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei 16 de Dezembro de 1830** (Código Criminal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 18 out. 2014.

_____.Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 848**, de 11 de outubro de 1890 (Organiza a Justiça Federal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em: 18 out. 2014.

_____.Conselho Nacional Procuradores-Gerais. **Enunciado nº 005/2011** Disponível em:<<http://www.direito.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=87>>. Acesso em: 18 out.2014.

_____.Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Civil n. 70059470351**. Apelantes: M.P. Apelado: R.S. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, 7ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 30/04/2014, Publicado no DJE: 05/05/2014..Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118519984/apelacao-civel-ac-70059470351-rs/inteiro-teor-118519985>>. Acesso em: 04 out.2014

Código de Manu. Disponível em: <<http://www.ufra.edu.br/legislacao/CODIGO%20DE%20MANU.pdf>> Acesso em: 13 out. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. **SOBREVIVI --: posso contar**. 2ª ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **LEI MARIA DA PENHA: O Processo Penal no caminho da efetividade**. 2013. 283f. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP. São Paulo 2013. Disponível em:<http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=15874>. Acesso em: 14 out.2014.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **ATO INFRANCIONAL E LEI MARIA DA PENHA**. Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre/RS nº 71, jan. 2012 – abr. 2012. p. 35-51. Disponível em:<http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1342123626.pdf>. Acesso em: 05 out.2014.

FUSTEL, Coulanges de. **A CIDADE ANTIGA**: Estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e da Roma. São Paulo: Martin Claret, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **DIREITO CIVIL BRASILEIRO**. Vol. 6. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOTTSCHALK, Cristiane Maria Cornelia. **O Papel do Mestre**: Mênnon revisitado sob uma perspectiva wittgensteiniana. Revista Internacional d'Humanitats11. CEMOrOC-Feusp/ NúcleoHumanidadesESDC/ Univ. Autónomade Barcelona 2007. Disponível em:<<http://199.236.113.16/rih11/cristiane.pdf>>. Acesso em: 14 out.2014.

MARTINI, Thiara. **A LEI MARIA DA PENHA E AS MEDIDAS DE PROEÇÃO A MULHER**. 2009. 66f. Monografia (Graduação e Direito) Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (Centro de Ciências Sociais e Jurídicas – CEJURS), Itajaí/SC, 2009. Disponível em:<<http://siaibib01.univali.br/pdf/Thiara%20Martini.pdf>>. Acesso em: 04 out.2014.

MENDES, Moacyr Pereira. **A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE FRENTE À LEI 8.096/90**. 2006. 183f. Dissertação de Mestrado (Direito das Relações Sociais) Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. São Paulo/SP.

MORGADO, Rosana. Mulheres em situação de violência doméstica: limites e possibilidades de enfrentamento.

GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte (Org.). **Psicologia jurídica no Brasil**. - 3ª ed. – Rio de Janeiro: Nau, 2011. p. 253 -282.

PEREIRA, Aurea Pimentel. **A NOVA CONSTITUIÇÃO E O DIREITO DE FAMÍLIA**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

PINHO, Rodrigo Bossi de. **APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI MARIA DA PENHA**. Revista da EMERJ, v. 12, nº 46, 2009. ISSSB 2236-8957. Disponível em:<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/revista46_sumario.htm>. Acesso em: 14 out.2014.

RODRIGUES, Marcelo Mairon. **LEI “MARIA DA PENHA” EM COTEJO COM O ECA**. Juizado da Infância e Juventude / [publicado por] Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Corregedoria-Geral da Justiça. – n. 1 (Nov. 2003). ISSN 1807-0957. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003. Disponível em:<<http://jjj.tjrs.jus.br/paginas/material-de-apoio/edicao-14.pdf>>. Acesso em: 17 out.2014.

SARAIVA, João Batista Costa. **ADOLESCENTE COM CONFLITO COM A LEI**: da indiferença à proteção integral. 3ª ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora,2009.

SILVA, Raquel Marques da. **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA MULHER NA LEGISLAÇÃO CIVIL.** Disponível em: <<http://ditizio.ecn.br/adv/txt/ehlc.pdf>>. Acesso em: 18 out.2014.

VASSAL, Mylène Glória Pinto. **EVOLUÇÃO DAS FAMÍLIAS E SEUS REFLEXOS NA SOCIEDADE E NO DIREITO.** Curso família do século XXI: aspectos jurídicos e psicanalíticos, 2012. ISBN 978-85-99559-13-0. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/12/seriemagistrado12.html>>. Acesso em: 18 out.2014.

VERCELONE, Paolo. **ECA COMENTADO:** artigo 3 livro 1- tema: Criança e Adolescente. 2009. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/noticias/arquivo/eca-comentado-artigo-3-livro-1---tema-crianca-e-adolescente>>. Acesso em: 19 out.2014.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMENTADO.** São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UMA ANÁLISE SÓCIO-JURÍDICA DA DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR, NA COMARCA DE NATAL/RN

Neyber Auridéia Wanderley P. de Macedo¹

Vânia Vaz Barbosa Cela²

RESUMO

Este estudo tem como objetivo investigar as causas sociais e repercussões jurídicas da destituição do Poder Familiar, na Comarca de Natal/RN, tendo como objeto empírico os processos que tramitaram na 2ª Vara da Infância e Juventude no ano de 2010. O Direito da Criança e do Adolescente se modernizou a partir da Doutrina da Proteção Integral inserida no texto Constitucional em seu artigo 227, e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que superou a doutrina da Situação Irregular prevista no revogado Código de Menores (1977). Com a moderna legislação estatutária, a criança e o adolescente passaram a ser tratados como sujeitos de direitos. Nesse sentido, a Lei nº 8.069/90 privilegiou a convivência familiar e comunitária, e a destituição familiar é a medida excepcional para garantir a proteção da criança e do adolescente quando a família originária não garante os direitos previstos na legislação especial. Foi utilizado neste trabalho o método indutivo e a pesquisa explicativa. O estudo revelou que a situação de drogadicção dos genitores é a causa principal da destituição do Poder Familiar, e a concessão de adoção, guarda, tutela e acolhimento em instituição foram as principais medidas jurídicas para resguardar os seus direitos fundamentais - das crianças e dos adolescentes -, que foram violados ou ameaçados por quem deveria garanti-los.

Palavras-Chave: Constituição Federal. ECA. Destituição do Poder Familiar. Criança e Adolescente. Direitos Fundamentais.

CHILD AND ADOLESCENT RIGHTS: A SOCIO-JURIDICAL ANALYSIS OF THE DISMISSAL OF THE FAMILY POWER IN NATAL\RN

ABSTRACT

This paper aims at investigating the legal causes and consequences of the Family Power dismissal in Natal/RN, having as empirical object a legal process that followed the legal channels in the 2nd Court of Childhood and Youth in 2010. The Child and Adolescent Rights modernized from the Doctrine of Integral Protection inserted in the federal constitution text, article 227, as well as the Child and Adolescent Statute (ECA), which exceeded the irregular doctrine situation provided in the repealed Code of Minors (1977). With a modern statute law, children and adolescents started to be treated as fellows of rights. In this context, the ECA privileged the family and community company, and the family dismissal is the exceptional measure to ensure the protection of children and adolescents when the original family does not guarantee the rights provided in the special legislation. An inductive method and an explanatory research were used for this study. The study revealed that the genitors

¹ Advogada, bacharela em Direito pela UNIRN, bacharela e mestre em Serviço Social pela UFRN. nwmacedoadv@hotmail.com

² Bacharel em Direito, Especialista em Direito Público, Mestre e Doutora em Ciências Sociais pela UFRN, Professora do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. vaniaavaz@farn.br

drug addiction situation is the main cause of the Family Power dismissal, and the granting for adoption, custody and refuge in institutions were the main legal measures to protect the fundamental rights of children and teenagers, rights that were violated or threatened by those who should enforce them.

Keywords: Federal Constitution. ECA. Family Power dismissal. Child and Adolescent. Fundamental Rights.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a obrigação de cuidar dos filhos foi dividida entre os pais, em igualdade de direitos e deveres, bem como a Novel Carta instituiu a proteção integral, que consiste em todo o esforço da família, da sociedade e do Estado para garantir à criança e ao adolescente, de forma prioritária, os direitos fundamentais constitucionalmente adquiridos.

Nesse contexto, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente têm como regra que a criança e o adolescente matenham os laços com a família natural. O art. 226 da Novel Carta enaltece a família como base da sociedade, e a norma estatutária ampliou o conceito de família natural para incluir família extensa ou ampliada. Todavia, a permanência da criança e do adolescente na família natural não é um princípio absoluto, ou seja, pode ser relativizado, considerando o melhor interesse da criança.

Nesse sentido, a destituição do poder familiar e a colocação em família extensa ou substituta têm como fim garantir a proteção integral à criança e ao adolescente em situação ou ameaça de risco.

O instituto da destituição do poder familiar, disciplinado na lei 8.069/90 e no Código Civil de 2002, visa resguardar os direitos da criança e do adolescente quando a família não lhes garante tais direitos.

O estatuto modernizou o direito infanto-juvenil, mas a sociedade ainda está presa às amarras do passado de um direito conservador, que não vislumbrava a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, com desenvolvimento incompleto, que necessitam de proteção.

É inconteste que o ambiente familiar desestruturado coloca em risco o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente. Portanto, esta pesquisa foi desenvolvida com um olhar interdisciplinar, para não descontextualizar a realidade processual observada, já que o direito da criança e do adolescente tem interfaces com outras áreas das ciências sociais (serviço social e psicologia).

O objetivo deste estudo foi analisar as causas sociais e as repercussões jurídicas inerentes aos processos de destituição do poder familiar, autuados e processados pela 2ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Natal/RN, no ano de 2010. O método utilizado foi o indutivo³ e a pesquisa foi explicativa⁴, de natureza quantitativa e qualitativa, pois foi analisado o universo de 17 (dezesete) processos de destituição do poder familiar. Para a análise qualitativa, considerou-se

3 O método indutivo procede inversamente ao dedutivo: parte do particular e coloca a generalização como um produto posterior do trabalho de coleta de dados particulares. De acordo com o raciocínio indutivo, a generalização não deve ser buscada aprioristicamente, mas constatada a partir da observação de casos concretos, suficientemente confirmadores dessa realidade (GIL, 1999, p. 44).

4 "As pesquisas explicativas têm como preocupação central identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos. Este é o tipo de pesquisa que mais aprofunda o conhecimento da realidade, porque explica a razão, o porquê das coisas" (GIL, 1999, p. 44).

o conteúdo dos relatórios psicossociais e a quantitativa privilegiou as informações objetivas, que foram extraídas dos processos a partir de um formulário-padrão, elaborado para melhor captação e sistematização das informações.

Ressalte-se que os autos dos processos de destituição do poder familiar são complexos, tendo em vista a própria natureza da ação, que envolve relações familiares. Nesse sentido, foi imprescindível a análise dos relatórios psicossociais acostados aos autos. Neles, tem-se o retrato da realidade fática vivenciada por crianças e adolescentes que sofreram violação dos seus direitos fundamentais.

Foram analisados os aspectos sociais e jurídicos inerentes aos processos de destituição do poder familiar. Dessa forma, observou-se o contexto sociofamiliar apresentado nos relatórios sociais, os dispositivos constitucionais, estatutários e civilistas que garantem o direito da criança e do adolescente à proteção integral.

O estudo revelou que a situação de drogadicção dos genitores foi a principal causa da destituição do Poder Familiar, e a concessão de adoção, guarda, tutela e acolhimento em instituição foram as principais medidas jurídicas para resguardar os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes violados ou ameaçados por quem deveria protegê-los.

Contudo, a realidade fática observada nos processos poderia ser modificada ou amenizada de forma que garantisse os direitos fundamentais da criança e do adolescente, se houvesse uma rede de proteção com ações articuladas entre a sociedade e o poder público.

O papel do Judiciário é garantir que a lei seja cumprida, mas encontra limitações à eficácia de suas decisões quando para o enfrentamento das questões sociais não dispõe das políticas públicas necessárias para garantir a proteção integral e a prioridade absoluta à criança e ao adolescente.

Os profissionais que atuam na área da infância e da juventude vivem o dilema de terem à mão uma legislação moderna, protecionista, garantidora de direitos e não existir na prática uma Rede de Proteção articulada com políticas públicas efetivas, inclusivas e prioritárias para o público infante-juvenil.

2 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL: UMA BREVE ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O Direito da Criança e do Adolescente se modernizou a partir da Doutrina da Proteção Integral, inserida no texto constitucional em seu artigo 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 (BRASIL, 1988).

Esse dispositivo Constitucional e toda a base principiológica dos direitos fundamentais prevista na Carta Magna formam uma nova concepção de proteção social em prol da criança e do adolescente, que passaram a ser vistos e tratados como sujeitos de direitos.

A proteção integral é todo o esforço da família, da sociedade e do Estado para garantir à criança e ao adolescente, de forma prioritária, os direitos fundamentais constitucionalmente adquiridos.

Essa proteção está inserida no Título II da Constituição Federal – Dos Direitos e Garantias Fundamentais - em seu Capítulo II, que trata dos Direitos Sociais: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, **a proteção à maternidade e à infância**, a assistências aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988). (Grifos nossos).

Essa nova concepção de direitos destinados à criança e ao adolescente se contrapôs ao paradigma da situação irregular⁵, previsto no revogado Código de Menores, de 1979. Conforme explicação do renomado doutrinador:

A criança e o adolescente deixam de ser objeto de tutela e passam a ser sujeitos de direitos, isto é, protagonistas sociais capazes de construir as suas próprias histórias, enfim, de praticarem atividades e cumprirem obrigações, contudo, limitadas e condicionadas a peculiar circunstância de serem pessoas que se encontram ou na infância ou na juventude, enquanto fases do desenvolvimento humano (RAMIDOFF, 2008, p. 44).

A doutrina da proteção integral, incorporada à Constituição Federal, foi fruto das mudanças que ocorreram com a redemocratização da sociedade brasileira na década de 1980 e das influências do Direito Internacional no Direito Brasileiro.

Observa-se que vários tratados internacionais de direitos humanos da criança e do adolescente foram recepcionados pela Nova Carta, que inspiraram a proteção integral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os princípios constitucionais, que inspiraram o ECA, espelharam-se no direito internacional, especialmente, entre outras, nas seguintes normas da ONU: Declaração dos Direitos da Criança (1959); Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (1985); e Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (1988) (SIMÕES, 2011, p. 227).

O artigo 227 da Constituição Federal é uma síntese das recomendações defendidas na Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Todavia, os críticos afirmam que a universalidade do direito da criança e do adolescente, assegurado na Carta Magna e na norma estatutária, foi mitigada, na prática, pelas reformas neoliberais que efetivaram no Brasil um Estado Mínimo na década de 1990⁶.

5 No paradigma da situação irregular, a criança e o adolescente não eram vistos como sujeitos de direitos, ou seja, a norma protegia mais os interesses do adulto. O Código de Menores tinha caráter meramente punitivo, que era aplicado quando o “menor” cometia alguma infração ou estava em situação de abandono. A responsabilidade pelo “menor” era somente dos pais, vigorava o Pátrio Poder. Ver: BRASIL, Lei nº 6.697/1979. Código de Menores. Disponível: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>.

6 (ANDERSON, 1995); (BARROSO, 2007); (SPOSATI, 2004).

(...) as Nações Unidas aprovaram a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, regulamentando o paradigma da “proteção integral”, que instituiu a “cidadania infanto-juvenil” e, conseqüentemente, o sistema de garantias de direitos. Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi institucionalizado no movimento dialético entre a conjuntura nacional e a internacional que caminhava em direção ao neoliberalismo (SILVA, 2005, p.37).

Contudo, é inegável que a Constituição Federal e o Estatuto representam uma mudança paradigmática no que concerne à garantia dos direitos humanos no Brasil, bem como à universalização e à descentralização político-administrativa das políticas sociais. Dessa forma, o poder local passou a ter mais autonomia para implementar políticas públicas em nível municipal.

Nesse sentido, observa-se que a Carta Magna propiciou um crescente e generalizado processo de fortalecimento da esfera local do governo, baseado na descentralização e na municipalização das políticas sociais. Com esse processo, o município passou a ter responsabilidade para implementação das políticas sociais, tais como: saúde, educação, assistência social⁷ (entre outras), bem como o local passou a ser espaço para construção de uma cultura política participativa.

Os conselhos gestores são espaços de participação política e controle social. Na área da política da criança e do adolescente, em nível local, foram criados os conselhos municipais dos direitos da criança e do adolescente e os conselhos tutelares.

Esse modelo universalista e descentralizado⁸, insculpido na Carta Magna, permitiu que o Estatuto da Criança do Adolescente⁹ compreendesse um sistema de garantias de direitos à criança e ao adolescente sustentado num pacto social entre a família, a sociedade e o poder público. Dessa forma, superou-se o paradigma da situação irregular em vigor antes da Constituição de 1988, bem como se permitiu que fossem planejadas ações efetivas em nível municipal, através da Política de Atendimento dos Direitos da Criança e do Adolescente, conforme se observa na literalidade dos artigos 86 e 88, da Lei nº 8.069/99:

Art. 86: A política de Atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

Art. 88: São diretrizes da Política de atendimento: I – Municipalização do atendimento; II - **criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente**, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais; III – criação e manutenção de programas específicos, observada a **descentralização político-administrativa** (...) (Grifos nossos).

7 A assistência social passou a ter status de política pública a partir do texto constitucional. Ver: SPOSATI, Aldafza. **A menina LOAS**: um processo de construção da assistência social. São Paulo: Cortez, 2004.

8 Art. 204, CF: As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: **I – descentralização político-administrativa**, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; **II – participação da população**, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (Grifos nossos).

9 O § 7, do art. 227, CF/88, diz: “No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204” (BRASIL, 1988).

A política pública de atenção à criança e ao adolescente se estrutura numa base democrática, cuja participação da sociedade é imprescindível para garantir a proteção integral prevista na moderna legislação estatutária. Mário Luiz Ramidoff explica que:

O Estatuto da Criança e do Adolescente tanto quanto a Constituição Federal assinalam à atuação política dos gestores públicos, dos conselhos de direito, dos conselhos tutelares, dos operadores do direito, enfim, de todos aqueles que desenvolvem atividades em prol da infância e da juventude, compondo, por assim dizer, - Redes de Proteção e Sistema de Garantias” (2008, p. 27).

Esse Sistema de Garantias¹⁰ está disciplinado em vários artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas a sua base pode ser entendida a partir da leitura do art. 4º¹¹, da Lei nº 8.069/90. Essa norma infraconstitucional especifica os direitos fundamentais inerentes à criança e ao adolescente, bem como é imperativo o pacto social entre a família, a comunidade, a sociedade em geral e o Poder Público em favor da infância e da juventude brasileira. Vânia Vaz Barbosa Cella esclarece que:

O Estatuto da Criança e do Adolescente criado para regulamentar e garantir efetividade dos preceitos constitucionais elencados no artigo 227, estabeleceu as bases legais para implantação de um **Sistema de Garantia de Direitos, atribuindo ao Município o compromisso de tornar eficaz todos os seus aspectos da vida social através de uma política de atendimento, tendo como ponto de partida a criação de Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente**, bem como a manutenção de Fundos Nacional, Estaduais e Municipais vinculados aos respectivos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, e ainda a implantação, a nível municipal, dos Conselhos Tutelares (2007, p.99) (Grifos nossos).

O Sistema de Garantia de Direitos, sinalizado na Constituição Federal e disciplinado na legislação infraconstitucional, forneceu as bases para construção da política pública da infância e da juventude, seguindo um modelo descentralizado e participativo. Nessa linha, um importante avanço foi a criação dos Conselhos gestores e dos conselhos tutelares.

10 A doutrina estruturou o Sistema de Garantia de Direito em 03 Eixos: Promoção, Controle e Defesa. O Eixo da Promoção está relacionado à prestação dos serviços públicos que protejam os direitos básicos do público infante-juvenil (art. 86 e 87, do ECA); O Eixo do Controle está relacionado à vigilância e ao monitoramento, que envolveu a participação da sociedade no controle da política social. (art. 91) e o Eixo da Defesa está relacionado à responsabilização pelo “não-atendimento, atendimento irregular ou violação de direitos individuais ou coletivos da criança e do adolescente (art. 210, do ECA)” (CELA, 2007, p. 98-101).

11 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. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos e ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude” (BRASIL, 1990).

2.2 CONSELHO TUTELAR¹²

A criação dos Conselhos Tutelares¹³ e dos Conselhos de Diretos¹⁴ foi disciplinada no Estatuto da Criança e do Adolescente, em atenção aos princípios constitucionais da **descentralização político administrativa e da participação democrática**, previstos no art. 204, da Constituição Federal, que trata da política pública de assistência social, bem como do Estatuto da Criança e do Adolescente; o art. 88 trata especificamente da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, cujo formato político-administrativo é descentralizado e participativo, conforme as disposições constitucionais do Art. 227, § 7º.

O Conselho Tutelar foi definido no art. 131 do ECA, que assim diz: *O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei*. Extraem-se da leitura desse dispositivo as suas principais características: órgão permanente, autônomo, não jurisdicional, zela pelos direitos da criança e do adolescente.

Nesse sentido, o trabalho do Conselho Tutelar é relevante e imprescindível junto à sociedade; por isso, foi instituído que em cada município haverá pelo menos um Conselho Tutelar, conforme o art. 132, ECA¹⁵.

Observa-se que a Lei não estipula um número máximo de Conselhos Tutelares por município, cabendo, conforme a necessidade e a discricionariedade da administração pública, aumentar o número de Conselhos no município.

As atribuições do Conselho Tutelar estão bem definidas no art. 136¹⁶, da Lei 8.069/90. Essas atribuições são direcionadas à proteção da criança e do adolescente em todos os aspectos da sua vida em sociedade.

12 O Título V, do ECA, trata acerca do Conselho Tutelar, do Art. 131 ao 140. Mas aqui nos deteremos nas análises dos arts. 131, 132 e 136.

13 A Lei Municipal, forte na competência outorgada pelos arts. 24, XB, e 30, II da CF/88 c/c arts. 88, II, 134 e 139, do ECA deverá criar um Conselho Tutelar em cada município, bem como Conselho Municipal de Direitos e o Fundo Municipal dos Direitos da criança e do adolescente (FONSECA, 2011, p. 210-211).

14 A natureza e o funcionamento dos conselhos derivam do modelo constitucional brasileiro de organização do Estado democrático de direito, sob regime federativo, fundado na descentralização político-administrativa e na participação popular (SIMÕES, 2011, p. 116-117).

15 Art.132, ECA: Em cada município haverá, no mínimo, um Conselho Tutelar composto de cinco membros, escolhidos pela comunidade local para mandato de três anos, permitida uma recondução (BRASIL, 1990).

16 Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar: I - atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no Art. 101, I a VII; II - atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no art. 129, I a VII; III - promover a execução de suas decisões, podendo para tanto: a) requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança; b) representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações. IV - encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente; V - encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência; VI - providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional; VII - expedir notificações; VIII - requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente quando necessário; IX - assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente; X - representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal; XI - representar ao Ministério Público para efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar, após esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente junto à família natural. Parágrafo único. Se, no exercício de suas atribuições, o Conselho Tutelar entender necessário o afastamento do convívio familiar, comunicará incontinenti o fato ao Ministério Público, prestando-lhe informações sobre os motivos de tal entendimento e as providências tomadas para a orientação, o apoio e a promoção social da família.

O trabalho do Conselho Tutelar é tão importante que, na sua inexistência, as atribuições que lhe são conferidas serão realizadas pelo Juiz da Infância e da Juventude, conforme a inteligência do art. 262, da Lei nº 8.069/90¹⁷.

O Conselho Tutelar não presta atendimento direto, mas zela pelo cumprimento; ou seja, atua de forma a viabilizar o atendimento nos casos concretos de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Observa-se que o Conselho Tutelar tem importante papel ao lado do Juiz da Infância e da Juventude e do Promotor de Justiça na defesa dos direitos da criança e do adolescente (FONSECA, 2011).

2.2.1 Rede de Proteção à Criança e ao Adolescente

A rede de proteção à criança e ao adolescente consiste, em linhas gerais, em uma ação integrada com a participação do Estado e da sociedade civil, organizada para garantir-lhes proteção integral quando sofrerem violação ou ameaça dos seus direitos fundamentais.

O Estatuto sinaliza a construção de uma rede de proteção à criança e ao adolescente, com ações articuladas, quando houver violação ou ameaça aos seus direitos fundamentais. Conforme o disciplinamento do art. 98, do ECA:

As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II – por falta, omissão da sociedade ou do Estado; III – em razão de sua conduta.

Não existem informações da consolidação de uma rede de serviços sociais, em nível local, com ações articuladas e integradas entre o Poder Público e a sociedade civil, que garantam a efetiva proteção à criança e ao adolescente.

A rede de proteção ultrapassa a esfera judiciária; ou seja, trata-se de um conjunto de ações articuladas entre vários segmentos da sociedade. Essas ações devem ser ancoradas a partir de políticas públicas constitucionalmente asseguradas, mas ainda não são priorizadas e efetivadas para garantir a proteção integral almejada no Estatuto da Criança e do Adolescente. Não se pode falar em rede de proteção articulada com políticas públicas ineficientes. A doutrina reforça a nossa posição, conforme Mário Luiz Ramidoff:

A ideia de rede de proteção, na área multidisciplinar da infância e da juventude, por certo não se limita apenas ao âmbito jurídico; na verdade, prende-se à implicação necessária entre os sistemas de direitos e garantias fundamentais estão estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, que importam verdadeiramente numa revolução cultural orientada pelas opções políticas adotadas pelo Poder Constituinte de 1987/1988, e, assim, insculpidas na Constituição Federal, como fórmula solene de declaração de princípios fundamentais que estruturam o próprio Estado, isto é, a sua organização administrativa e funcional para o atendimento destas novas missões” ordem de prioridades dos fins a que o Estado se propõe” (2008, p. 32).

17 Art. 262, Lei nº 8.069/90: Art. 262. Enquanto não instalados os Conselhos Tutelares, as atribuições a eles conferidas serão exercidas pela autoridade judiciária.

Os profissionais que atuam na área da infância e da juventude vivem o dilema de terem à mão uma legislação moderna, protecionista, garantidora de direitos e **não existir na prática uma rede de proteção articulada** com políticas públicas efetivas, inclusivas e prioritárias para o público infante-juvenil. Nessa ótica, Mário Luiz Ramidoff defende que:

Importantes conquistas e avanços já foram alcançados ao longo dos anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente e efetivação dos direitos afetos à infância e à juventude; contudo, é preciso ainda que se implementem não só regras jurídico-legais humanitárias, mas, principalmente, aquelas que se destinem preferentemente à construção (formulação), implementação (execução) e manutenção de políticas sociais públicas sérias e permanentes, **as quais demandam a destinação absolutamente prioritária de recursos públicos através de dotações orçamentárias vinculadas constitucional e estatutariamente tanto ao recolhimento (receita) quanto à respectiva aplicação (despesas) de tais recursos** (2008, p. 33). (Grifos nossos).

De certo, o marco legislativo na aprovação de uma norma que dignifica os direitos humanos da criança e do adolescente é exemplar, mas a norma em si não é suficiente! Como foi dito, a efetividade dos direitos da criança e do adolescente é mitigada frente à ineficiência orçamentária das políticas públicas para garantir saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, a respeito à liberdade e à convivência familiar e comunitária (art. 4º, ECA).

3 PODER FAMILIAR E DESTITUIÇÃO: FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

3.1. PODER FAMILIAR: BREVE CONSIDERAÇÕES

Com o advento da Constituição Federal, a obrigação de cuidar dos filhos foi dividida entre os pais, em igualdade de direitos e deveres, conforme disposição do art. 226, § 5º, CF.¹⁸

O Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), sob a influência da Carta Constitucional (1988), dá uma nova interpretação ao Pátrio Poder, expresso na então legislação civilista (Código Civil/1916). Conforme o art. 21, da Lei 8.069/90:

O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência (BRASIL, 1990).

O Código Civil de 2002 modificou a nomenclatura de Pátrio Poder, que permaneceu sendo utilizada na legislação especial (1990) até 2009¹⁹. A doutrina faz interessantes considerações acerca dessa transição do Pátrio Poder para Poder Familiar. Denise Damo Comel explica que:

18 Art. 226, CF: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

19 Lei n 12.010/2009 - Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.

(...), o que se tem é que o Código Civil evoluiu da denominação pátrio poder para poder familiar, sendo certo que não criou uma nova figura jurídica, mas assim o fez para compatibilizar a tradicional e secular existente aos novos conceitos jurídicos e valores sociais, em especial para que não evidenciasse qualquer discriminação entre os filhos a ele sujeitos, também entre o casal de pais com relação ao encargo de criar e educar os filhos, destacando o caráter instrumental da função (2003, p.54).

De todo modo, a mudança na nomenclatura foi sendo assimilada socialmente, de forma que cabe ao pai e à mãe exercer o poder familiar em igualdade de condições. Acerca da nova denominação expressa no Código Civil de 2002, em seu art. 1.634, que trata **“Do Exercício do Poder Familiar”**, foi reeditada da legislação civilista de 1916, com a alteração da expressão **“Do Pátrio Poder quanto à pessoa dos filhos”**, *in verbis*:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e educação; II – tê-los em sua companhia e guarda; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2002).

Mesmo com a nova denominação - Poder Familiar - instituída pelo Código Civil de 2002, o Estatuto da Criança e do Adolescente manteve sem alteração quanto ao termo “Pátrio Poder”. A mudança para Poder Familiar ocorreu com a Lei nº 12.010/2009.

Essa lei traz novas disposições acerca da adoção, bem como alterou vários artigos da legislação estatutária. Antônio Cezar Lima Fonseca explica que:

A expressão contida na Lei estatutária – “pátrio poder” – já havia sido afastada pelo Código Civil de 2002 por “Poder Familiar”, mas conservando o mesmo significado: um feixe de direitos e deveres – mais deveres e obrigações do que direitos – detido e exercido pelos pais, conjuntamente. Agora, com o advento da Lei n 12.010, de 03-8-2009 (art. 3º), deram-se modificação e atualização necessária daquela expressão, na órbita do Estatuto, que vinha sendo mantida nos arts. 21, 23, 24, art. 36, parágrafo único, art. 45, § 1º, 49, 129, 148, 155, 157, 163, 166, 169, 201 e 249, todos do ECA. (2011, p. 72).

Não há conceito de Poder Familiar expresso no Código Civil de 2002, nem no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas a doutrina diz que:

O poder familiar, poder parental ou autoridade parental, é um poder-dever: é poder, pois traz consigo um elo de autoridade dos pais sobre os filhos menores; é dever, pois obriga ambos os pais no atendimento integral das necessidades dos filhos. Trata-se de uma estrada de mão dupla, pois impõe deveres e reconhece direitos, não se podendo ignorar que seu exercício se concentra exclusivamente no interesse do menor (FONSECA, 2011, p. 72).

O Poder Familiar é personalíssimo, indisponível e imprescritível, conforme a inteligência do art. 27, do ECA²⁰.

Os direitos-deveres que os pais exercem em relação aos seus filhos, disciplinados no art. 1634 da Lei civilista, foram resumidos no art. 22, da legislação estatutária, *in verbis*: “Aos pais incumbem o **dever de sustento**, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesses destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

A leitura desse dispositivo estatutário deve ser associada aos arts. 1566, IV e 1.568, do CC, *in verbis*:

Art. 1566. São deveres de ambos os cônjuges. I - (...); II - (...); III - (...); IV - **sustento**, guarda e educação dos filhos.

Art. 1568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para **sustento** da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial (BRASIL, 2002).

A legislação civilista e a estatutária incumbem aos pais o dever de sustento dos filhos menores. Esse sustento deve ser interpretado de forma ampla (protetiva) e o seu descumprimento gera responsabilização dos pais na seara penal²¹, civil²² e administrativa²³. Conforme Antônio Cezar Lima Fonseca:

Os meios de responsabilização dos pais por abandono alimentar são independentes e geram consequências diversas: no plano penal, no plano civil e no administrativo-estatutário. No plano penal, pode ensejar a incidência de crime previsto no art. 244 do Código Penal (abandono material); no civil, a responsabilização por alimentos até com prisão civil do devedor (art. 5º, LXVII, CF/88); no plano administrativo, pela infração descrita no art. 259 do ECA. (2011, p. 75)

O estudo empírico mostrou que essa responsabilização não ocorreu nos casos analisados de destituição do Poder Familiar por abandono material, principalmente porque os pais, em sua maioria, vivem em situação de rua - são viciados em drogas - e, sobretudo, porque não houve provocação nem por parte do Ministério Público, nem por algum legitimado interessado.

Contudo, em todos os casos de abuso sexual, foi instaurado inquérito policial e os casos, à época, foram apurados pela Segunda Vara da Infância e Juventude, que tinha a competência para processar e julgar esses casos de violência praticada contra criança e adolescente, na jurisdição de Natal/RN.²⁴

20 Art. 27, ECA. “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”.

21 CAPÍTULO III DO CÓDIGO PENAL: Dos crimes contra a assistência familiar. art. 244(abandono material); art. 245 (entrega de filho menor a pessoa inidônea; arts. 246 e 247 (abandono intelectual).

22 Art. 5º, Inciso LXVII - Não haverá prisão civil por dívida, **salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia** e a do depositário infiel; Súmula 419 do STJ e Súmula Vinculante 25, que estabelece ser descabida a prisão civil de depositário judicial infiel.

23 Art. 249, ECA. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrentes de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar. Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

24 A Resolução Nº 70/2013 - TJ, de 11 de dezembro de 2013, transferiu a competência para processar e julgar os feitos relativos aos crimes sexuais consumados ou tentados contra a criança ou adolescente, antes da competência da Segunda Vara da Infância e Juventude da Comarca de Natal/RN, para Décima Vara Criminal da Comarca de Natal/RN.

Vale ressaltar que, segundo o art. 23 do ECA²⁵, não há que falar em destituição de Poder Familiar por insuficiência de recursos financeiros por parte da família. Nesses casos, a família deverá ser incluída em programas de assistência social, conforme a disposição do art. 203, CF²⁶.

3.2. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

O Código Civil de 2002 disciplinou duas modalidades de interrupção do Poder Familiar, de forma definitiva: uma sem responsabilização (legal)²⁷ e outra com responsabilização (decisão judicial), que é a perda²⁸; também disciplinou a interrupção temporária do poder familiar, que é a suspensão²⁹. A extinção não se confunde com a perda do poder familiar nem com a suspensão. A doutrina faz essa diferenciação. Antônio Cezar Lima da Fonseca explica que:

Se o término do poder familiar dá-se por decisão judicial, embora o código civil (inciso V do art. 1635, CC) descreva hipótese de extinção, devemos entender que estamos diante da perda do poder familiar. **A perda é uma sanção**, é a extrema penalidade, a mais grave medida que se aplica aos pais desiduosos; uma sanção civil, (...) **A extinção do poder familiar não é sanção, é consequência natural de fatos jurídicos**. Não tem caráter punitivo. Em outras palavras: na perda do poder familiar o juiz determina que os pais não o exerçam de nenhum modo; **na suspensão, o poder familiar fica suspenso**, total ou parcialmente, por ordem judicial, até que a causa suspensiva desapareça. A perda, evidentemente, é mais grave do que a mera suspensão (2011, p. 78-79). (Grifos nossos).

Seguindo o entendimento doutrinário supracitado, ressalta-se que o art. 1635, V, do Código Civil não trata de perda do poder familiar; apenas remete às hipóteses previstas no art. 1.638 dessa mesma norma civilista. Conforme ilustração no esquema abaixo:

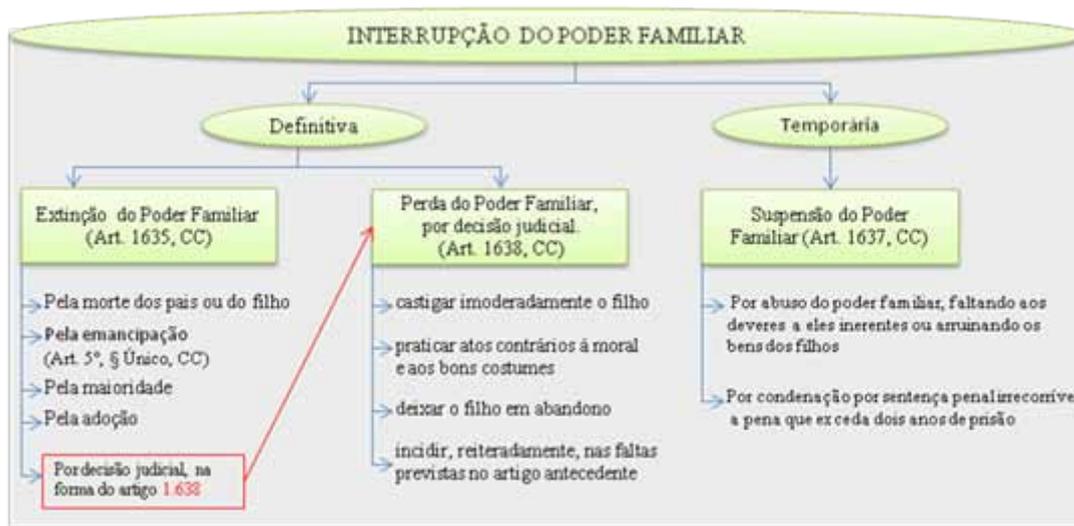
25 Art. 23, Lei nº 8.069/90, diz: A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar (BRASIL, 1990).

26 Art. 203, CF: "A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei" (BRASIL, 1988).

27 Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5o, parágrafo único; III - pela maioridade; IV - pela adoção; **V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638** (BRASIL, 2002). (Grifos nossos).

28 Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente (BRASIL, 2002).

29 Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.



Esquema 01: Formas de interrupção do Poder Familiar, segundo o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002)

Fonte: Pesquisa na legislação – Código Civil de 2002

A destituição do poder familiar é medida excepcional prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, nos casos elencados no art. 1638, do CC e no art. 24, da norma estatutária.³⁰ Esse dispositivo estatutário designou uma nova modalidade de destituição do poder familiar, que é o **descumprimento injustificado dos deveres e obrigações previstas no art. 22.** (Grifos nossos).

A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente têm como regra que a criança e o adolescente mantenham os laços com a família natural. O art. 226 da Novel Carta enaltece a família como base da sociedade, e a norma estatutária ampliou o conceito de família natural, para incluir família extensa ou ampliada³¹. Todavia, a permanência da criança e do adolescente na família natural não é um princípio absoluto, ou seja, pode ser relativizado, considerando o melhor interesse da criança. Antônio Cezar Lima da Fonseca defende que: “(...) embora a Lei incentive a aproximação e a reintegração, existem casos em que a visitação deve ser obstada até pela ameaça de processo penal, como na hipótese de pais violentos, drogaditos ou que abusaram sexualmente dos filhos” (2011, p. 80).

A suspensão e a destituição do Poder Familiar devem atender aos procedimentos, consoantes os arts. 155 a 163, ECA e o Código do Processo Civil, de forma subsidiária. Ressalta-se que não há suspensão ou destituição do poder familiar sem o devido processo legal (FONSECA, 2011).

30 Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22 (BRASIL, 1990).

31 Art. 25 - Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (BRASIL, 1990).

3.3 COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA E ACOLHIMENTOS

Como já foi explicitado, a colocação em família substituta³² e o acolhimento institucional são medidas excepcionais, pois a regra é a permanência na família natural. De todo modo, quando ocorrer essa excepcionalidade de colocação em família substituta, ela se dará por três formas: guarda (art. 33, ECA), tutela (art. 36, ECA) ou adoção (arts. 39 ao 52- D, Lei nº 8.069/90, com alterações da Lei 12.010/2009).

A doutrina esclarece que o legislador infraconstitucional criou uma ordem para a colocação em família substituta, priorizando a permanência da criança e do adolescente junto à família natural, ou colocação em família extensa, e colocação em programas de acolhimento familiar ou institucional, de forma provisória, excepcional, temporária, como etapas de preparação para colocação em família substituta (art. 34, §1º, ECA) e, por último, a colocação em família substituta, de forma também excepcional (FONSECA, 2011).

Da leitura do dispositivo supracitado, entende-se que o acolhimento institucional não é fim em si mesmo, mas um meio, uma transição para um possível retorno à família natural ou colocação em família extensa ou substituta. Luiz Antonio Miguel Ferreira define acolhimento familiar:

(...) como uma medida de proteção prevista no ECA (art. 101, VII), de caráter excepcional e provisório, desenvolvida por organização governamental ou não governamental, que acolhe crianças ou adolescentes afastados do convívio familiar em face da impossibilidade do cumprimento das obrigações decorrentes do poder familiar, visando posterior retorno à família de origem ou a colocação em família extensa ou substituta (2010, p. 137).

O art. 31, do ECA, ainda estabelece outra excepcionalidade, a colocação em família substituta estrangeira, somente sendo admissível na modalidade de adoção. Mas a preferência é para os casais com residência permanente no Brasil. Ao teor do Parágrafo 10, do art. 50, que diz:

A adoção internacional somente será deferida se, após consulta ao cadastro de pessoas ou casais habilitados à adoção, mantido pela Justiça da Infância e da Juventude na comarca, bem como aos cadastros estadual e nacional referido no § 5º deste artigo, não for encontrado interessado com residência permanente no Brasil (BRASIL, 1990).

32 **Art. 28** - A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. § 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. § 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência. § 3º Na apreciação do pedido, levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. § 4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais. § 5º A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. § 6º Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório: I - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal; II - que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia; III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso.

O Estatuto deu tratamento diferenciado à adoção internacional, que é a modalidade mais excepcional de colocação em família substituta. Isso porque a Lei nº 12.010/2009 revestiu a adoção internacional de maiores formalidades, com a intenção de resguardar a criança e o adolescente do crime de tráfico, previsto no art. 239, ECA (FONSECA, 2011).

Dessa forma, a adoção, em sentido amplo, é medida de colocação em família substituta - como a guarda e a tutela - que visa proteger a criança e o adolescente, quando se constata a situação de risco pessoal ou social, conforme a disposição do art. 101, IX, ECA.

Portanto, são três as medidas de colocação em família substituta, previstas na Lei estatutária:

1) Guarda - Trata-se de uma medida de colocação em família substituta, não estrangeira, para proteger a criança e o adolescente.

De acordo com o art. 33 do ECA: “A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”. Nos termos desse artigo, a criança e ao adolescente passam a ser dependentes, para todos os fins de direito, do guardião ou guardiã. Antonio Cezar Lima da Fonseca adverte que:

(...) a guarda não afeta inteiramente o poder familiar, uma vez que, mesmo sem a guarda dos filhos, os pais podem continuar com o direito de visitas e/ou o dever de assistência material, como no caso da prestação de alimentos necessários a sua subsistência, conforme Art. 33, § 4º, ECA - Lei nº 12.010/09. (2011, 119)

A doutrina classifica o instituto da guarda em três espécies: provisória (art. 33, §1º, do ECA), que pode ser liminar ou incidental; permanente (art. 33, §2º, do ECA- 1ª hipótese); peculiar (art. 33, §2º, do ECA - 2ª hipótese) (MARCHESAN, 1995).

2) Tutela estatutária - medida de colocação em família substituta, não estrangeira, para resguardar os direitos da criança e do adolescente. O instituto da tutela está disciplinado no Estatuto e na Lei civilista³³.

As Leis estatutária e civilista demonstram que o instituto da tutela é incompatível com o Poder Familiar, ou seja, a tutela será deferida mediante a prévia destituição ou suspensão do poder familiar, diferentemente da guarda, que coexiste com esse poder, conforme teor dos artigos 36, §único, ECA e 1.734, CC. Antonio Cezar Lima da Fonseca esclarece que:

(...) a competência para o deferimento de tutela à criança e ao adolescente na situação do art. 98 do ECA é do Juizado da Infância e da Juventude, devendo ser atendidos os requisitos do art. 156 do ECA para suspensão ou perda do poder familiar. São processados, no mais das vezes, em jurisdição contenciosa, pois a Lei estatutária exige para a tutela a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar, sendo esta uma

33 Conforme o art. 36, da Lei nº 8.069/90: A tutela será deferida, nos termos da lei civil, a pessoa de até 18 (dezoito) anos incompletos. Parágrafo único - O deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar e implica necessariamente o dever de guarda (BRASIL, 1990) e o art. 1734, CC: As crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo Juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

verdadeira sanção civil imposta a pais desidiosos ou que abandonam seus filhos. A imposição de sanção civil exige o contraditório e a ampla defesa. Todavia nada impede que a tutela seja aferida pelo Juizado da Infância e da Juventude em jurisdição voluntária, como no caso de crianças e adolescentes na orfandade total (2011, p. 129).

A tutela não tem caráter provisório, como o instituto da guarda, mas mantém as mesmas obrigações inerentes ao guardião, ou seja, a prestação de assistência material, moral e educacional à criança e ao adolescente. É cabível a destituição da tutela (art. 38, ECA).

É importante destacar que só é possível aos avós e aos irmãos representação legal da criança e do adolescente mediante os institutos da guarda e da tutela, pois nesses casos a lei veda a adoção, para evitar a confusão com a proximidade do grau de parentesco (art. 42, § 1º)³⁴.

3) Adoção – Medida mais ampla de colocação em família substituta, que objetiva proteger a criança e o adolescente. Como já foi dito, é excepcional e irrevogável, conforme a disposição do art. 39, §1 do ECA³⁵. Ressalte-se que os pais adotivos, assim como os biológicos, podem ter o poder familiar suspenso ou destituído nos casos elencados no art. 1638, da Lei civilista e no art. 24, da Lei estatutária.

O conceito de adoção pode ser extraído do artigo 41, caput, ECA, *in verbis*: “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

Esse dispositivo estatutário está em consonância com a Constituição Federal de 1988, que proibiu discriminações relativas à filiação (art. 227, §6º).

A Lei 12.010/2009 fez várias alterações no instituto da adoção e em outros dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Essa Lei revogou vários dispositivos do Código Civil, que tratavam de adoção; somente restaram os artigos 1.618 e 1619, da Lei civilista, que cuidam dessa matéria, *in verbis*:

Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei no 8.069/90;

Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069/90.

Entende-se que o legislador infraconstitucional preferiu que a adoção do menor de 18 anos fosse regulada somente pela Lei nº 8.069/90, e processada e julgada pelo Juiz da Vara da Infância e Juventude. Enquanto a adoção do maior de 18 anos fosse regulada pelo Código Civil, aplicando-se a Lei estatutária subsidiariamente, o que ocorre por procedimento ordinário e é de competência da Vara de Família ou da Vara Cível, se não houver a especializada.

34 **Art. 42.** Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. § 1º - Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando (BRASIL, 1990).

35 **Art. 39 -** A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei. § 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

Com a revogação dos artigos 1.620 a 1.629 do Código Civil pela Lei 12.010/2009, os requisitos para adoção passaram a ser regidos somente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, do qual se extraíram os principais requisitos para a adoção.³⁶

O legislador infraconstitucional vedou adoção nos seguintes casos:

- a) Ascendentes e irmãos não podem adotar (art. 42, § 1º, ECA);
- b) O tutor ou o curador não pode adotar o pupilo ou curatelado, quando não fizer prestação de contas ou de inadimplemento das dívidas como administrador dos bens da criança ou adolescente (art. 44, ECA);
- c) Pessoa que se revele incompatível com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado (art. 29, ECA).

Assim como o instituto da tutela, a adoção é incompatível com o poder familiar, ou seja, para concessão da adoção, o poder familiar dos pais biológicos será extinto ou destituído.

3.4 PROPOSITURA DA AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

A ação de destituição do poder familiar poderá ser proposta pelo Ministério Público ou por quem tenha legítimo interesse (art. 155, ECA). Extrai-se desse dispositivo que a ação pode ser iniciada pelo Ministério Público ou por um terceiro interessado. Não obstante, a destituição do poder familiar é a última medida adotada para garantir os direitos da criança e do adolescente que foram transgredidos.

A competência para processar e julgar as ações de destituição do poder familiar é da Vara da Infância e da Juventude para os casos previstos no art. 98, do ECA, a teor do art. 148, § único, alíneas “a” e “b” (BRASIL, 1990).

O legislador desejou que antes da instauração da ação de destituição do poder familiar, a situação fática fosse analisada por uma equipe técnica da entidade ou responsáveis pela execução da política pública municipal, a qual encaminhará ao MP relatório fundamentado, recomendando a destituição (art. 101, § 9, ECA).

O Ministério Público poderá ingressar com a ação em 30 dias, ou requererá realização de estudos complementares ou outras providências. Tendo em vista que a criança ou o adolescente está em situação de risco, é justificável o prazo de 30 dias para dar celeridade processual (art. 101, § 10, ECA).

36 **a)** Idade mínima de 18 anos para o adotante, independentemente de estado civil (art. 42, ECA);
b) Adoção conjunta, indispensável o casamento ou união estável dos adotantes (art. 42, § 2º, ECA);
c) Diferença de 16 anos de idade, no mínimo, entre adotante e adotando (art. 42, § 3º);
d) Quando apresentar reais vantagens para o adotando (art. 43, ECA);
e) Consentimento dos pais ou representantes legais do adotando, salvo pais desconhecidos ou que tenham sido destituídos do poder familiar (art.45, § 1º, ECA);
f) Consentimento do maior de 12 anos de idade;
g) Estágio de convivência prévio, com a criança e o adolescente, pelo prazo determinado pela autoridade judiciária (art. 46, ECA);
h) Processo judicial (art. 47, ECA);
i) Prévia consulta aos órgãos técnicos do Juizado, ouvido o Ministério Público (art.50, §, 1º, ECA);
j) Inscrição será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica (art.50, § 3º, ECA);
k) Inscrição dos candidatos a adotantes e adotados no cadastro (CNA) (art. 50, § 5º);
l) Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta (art. 28 § 4º)

Nos processos de jurisdição contenciosa, a destituição do poder familiar, tutelar ou guarda comportará o contraditório e a ampla defesa, a teor do art. 24 e 169, do ECA³⁷.

Na comarca de Natal/RN, a competência para processar e julgar as ações de destituição do poder familiar compete à Segunda Vara da Infância e da Juventude, a teor do art. 32, inciso VIII, alínea “d”, da Lei Complementar n.º 165/99³⁸.

4 DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR: UMA ANÁLISE DAS CAUSAS SOCIAIS E REPERCUSSÕES JURÍDICAS DOS PROCESSOS DA COMARCA DE NATAL/RN, NO ANO DE 2010

4.1. A PESQUISA DE CAMPO

A pesquisa foi desenvolvida na Comarca de Natal/RN e buscou analisar as causas sociais e repercussões jurídicas da destituição do poder familiar a partir da análise dos processos que tramitaram na 2ª Vara da Infância e da Juventude, no ano de 2010.

Observou-se, à época da pesquisa, que após as crianças e os adolescentes serem encaminhados ao acolhimento institucional pelos Conselhos Tutelares e SOS CRIANÇA³⁹, as instituições acolhedoras (Casa de Passagem I e II) comunicavam as ocorrências ao Juízo da 1ª Vara da Infância e da Juventude, bem como essas instituições também enviavam relatórios psicossociais realizados pelos seus técnicos à 1ª Vara; que, por sua vez, comunicava essas ocorrências ao Ministério Público, órgão com legitimidade para ajuizar ação de destituição do poder familiar junto à 2ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Natal/RN, que detém ainda a competência para processar e julgar essas ações.⁴⁰

37 **Art. 24** - A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22 (BRASIL, 1990) e **art. 169** - Nas hipóteses em que a destituição da tutela, a perda ou a suspensão do poder familiar constituir pressuposto lógico da medida principal de colocação em família substituta, será observado o procedimento contraditório previsto nas seções II e III deste capítulo (BRASIL, 1990);

38 **Art. 32**. Às Varas da Comarca de Natal compete: VIII - À Segunda Vara da Infância e da Juventude, privativamente: d) processar e julgar as ações para aplicação das medidas previstas no art. 148 da Lei n.º 8.069/1990 e as que envolverem crianças ou adolescentes nas hipóteses previstas no art. 98 de mesmo diploma legal (Lei Complementar n.º 165/99).

39 O programa SOS Criança, vinculado à Fundação Nacional da Criança e do Adolescente -FUNDAC/RN, foi extinto em 2014, pelo Governo do Estado do Rio Grande do Norte.

40 A competência da Primeira Vara Infância e da Juventude foi atribuída à Segunda Vara da Infância e Juventude da Comarca de Natal, no que concerne ao acompanhamento e fiscalização das instituições acolhedoras, conforme a Resolução n.º 12/2014-TJ, de 19 de março de 2014, que dispõe sobre o reordenamento da Justiça da Infância e da Juventude, regulamentando a Resolução n.º 165, de 16/11/2012, do CNJ, no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte. Artigo 1º, § 2º, Inciso III. “Na Segunda Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Natal, privativamente:

a) Conhecer dos pedidos de adoção nacional e seus incedentes;

b) Conhecer dos casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, podendo, inclusive rever as suas decisões, nos termos do art. 137 da Lei Federal n.º 8.069, de 1990;

c) Apurar, processar e julgar os pedidos de habilitação de pretendentes à adoção nacional e de inscrição de crianças aptas à adoção, inclusive mantendo e alimentando o Cadastro Nacional de Adoção (CNA) no território da Comarca;

d) Fiscalizar, processar e julgar os processos de irregularidades em entidades e unidades de Acolhimento Institucional e Familiar à criança e ao adolescente;

e) Processar e julgar as ações previstas no art. 148, parágrafo único, da Lei Federal n.º 8069/1990;

f) Expedir alvarás de viagens;

g) Conhecer, processar e julgar os procedimentos de acolhimento institucional e familiar e os seus incidentes, inclusive, expedindo a Guia de Acolhimento e de Desligamento;

h) Manter e alimentar os cadastros de entidades de Acolhimento Institucional e Familiar e, ainda, de criança e ou de adolescente acolhido; e

i) Processar e julgar ação civil pública para proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos de criança ou de adolescente” (Grifos nossos).

Como foi dito introdutoriamente, os autos dos processos de destituição são complexos, tendo em vista a própria natureza da ação, que envolve relações familiares. Portanto, elaborou-se um formulário-padrão para realização da pesquisa, o qual possibilitou extrair dos autos processuais informações que pudessem revelar as causas sociais e as repercussões jurídicas inerentes aos processos de destituição do poder familiar.

Constatou-se, pela análise dos autos dos processo de destituição, que ao verificar a ocorrência de situação de risco, o órgão ministerial legitimado para defender os direitos da criança e do adolescente, previstos no ECA, impetrou 94% das ações de destituição do Poder Familiar que tramitaram na 2ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Natal/RN, no ano de 2010, com o amparo do art. 155, da Lei 8.069/90. Ver gráfico abaixo:



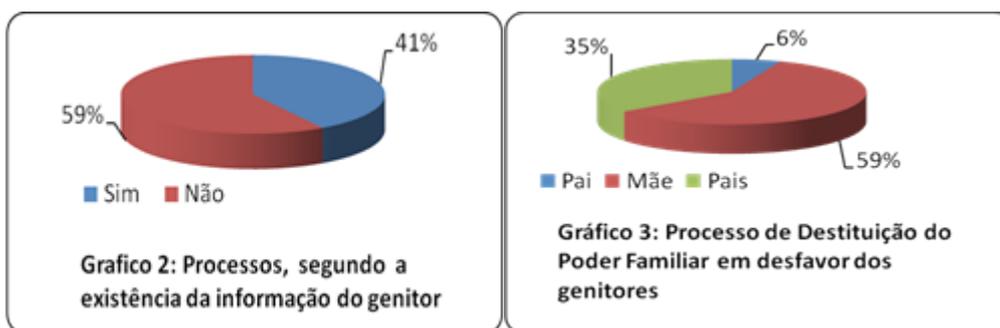
Fonte: Pesquisa de campo/ 2012

Esse resultado tanto demonstra a atuação do Estado em defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, em situação de risco, em respeito à Doutrina da Proteção Integral preconizada no ECA, como revela que os resquícios do paradigma da situação irregular ainda permeiam o seio de uma sociedade que não respeita as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos, seja pela ação da violência praticada pelos pais, que deram causa ao processo de destituição, ou pela omissão dos parentes em não defender os direitos desses sujeitos em condição peculiar de desenvolvimento.

Com base nas informações coletadas e sistematizadas, traçou-se um perfil do núcleo familiar dessas crianças e adolescentes, como tentativa de desvendar as causas sociais que possivelmente ensejaram a destituição do poder familiar. Constatou-se que a maior parte das famílias é desestruturada, vive em situação de rua, dominada pelo vício das drogas.

Os processos de destituição são instruídos com relatórios psicossociais, realizados pelos técnicos da unidade de acolhimento, bem como pela equipes do CRASS; na maioria das vezes, algumas informações não podem ser colhidas, porque os pais estão vivendo em situação de rua, porque mudaram de endereço, ou estão desagregados do núcleo familiar devido à dependência química, ou não contribuem com a informação correta sobre suas vidas, por saberem que estão sendo processados. Todos esses fatos demonstram a dificuldade encontrada pelos técnicos para desenvolverem o trabalho de acompanhamento dessas famílias.

A desestruturação familiar será demonstrada a partir do perfil dos genitores, identificada com as análises processuais. Com relação ao núcleo familiar, observou-se que, em sua maioria, não constam informações sobre o genitor. Os gráficos 1 e 2 demonstram que em 59% das famílias o poder familiar é exercido apenas pela mãe. Por isso, justifica-se também que 59% das ações ajuizadas foram em desfavor da genitora.



Dados da pesquisa de campo/2012



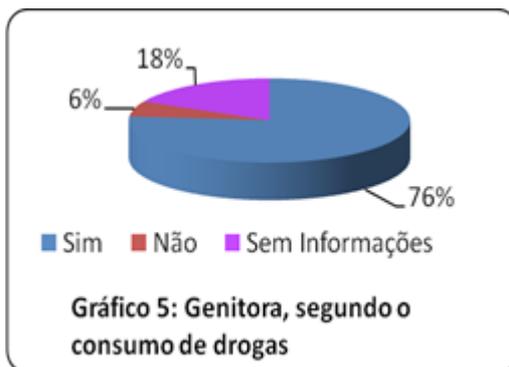
Dados da pesquisa de campo/2012

Há informações nos autos de que algumas genitoras não sabem quem são os genitores de seus filhos, pois estavam vivendo na rua, prostituindo-se e drogando-se. O gráfico abaixo demonstra que em apenas 18% das famílias pesquisadas os filhos são do atual companheiro, e em 41% ele não foi informado no processo. Essa falta de informação reforça o que já foi dito sobre a dificuldade encontrada pelos técnicos para realizarem o trabalho de instrução desses processos através dos relatórios psicossociais.

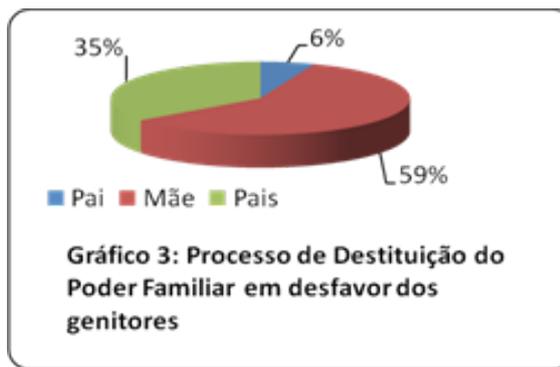


Dados da pesquisa de campo/2012

Contudo, na pesquisa científica, a falta de informação é um dado a ser analisado no ramo das ciências sociais. Nesse sentido, observou-se que a falta de informação apresentada nos gráficos está diretamente relacionada à situação de vulnerabilidade familiar a que essas crianças e adolescentes estavam submetidos, na qual mais de 70% das genitoras são dependentes químicas. Esse dado poderia chegar aos 94% se houvesse todas as informações nos processos de destituição. Ver gráficos abaixo:



Dados da pesquisa de campo/2012



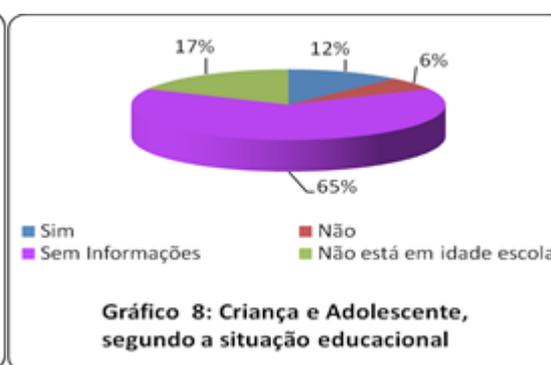
Dados da pesquisa de campo/2012

Observando-se os gráficos acima, visualiza-se que a principal causa social que ensejou a destituição do poder familiar foi a droga, que destrói vidas e famílias inteiras! Como foi dito, a Constituição Federal enaltece a família como base da sociedade (art. 226,CF). Nesses termos, previu o direito da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária, preferencialmente em família natural ou extensa. Contudo, não existe uma rede de proteção articulada para garantir a proteção social a essas famílias, conforme as disposições estatutárias.

No entanto, a pesquisa revelou que os motivos jurídicos que ensejaram a destituição do poder familiar ocorreu devido ao descumprimento injustificado dos deveres e obrigações previstos no art. 22, previsto do art. 24- ECA, ou seja, ao abandono material⁴¹, conforme se verifica nos gráficos abaixo:



Dados da pesquisa de campo/2012



Dados da pesquisa de campo/2012

Dos processos de Destituição do Poder Familiar, apenas 12% frequentavam a escola e 17% não estavam em idade escolar. Isso demonstra que o direito fundamental do acesso à educação

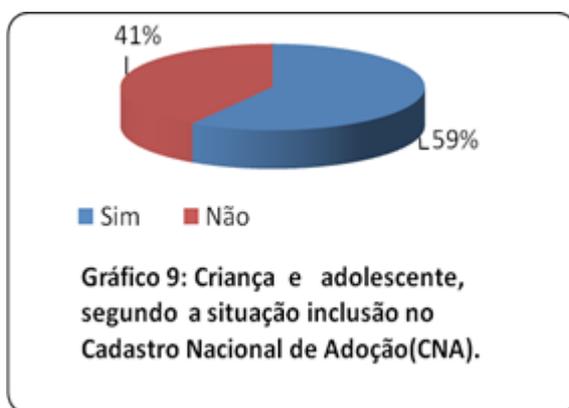
41 "O conceito jurídico de abandono se contém nas leis de proteção ao menor e, em última análise, é definido quando o menor, **por negligência**, incapacidade, ou perversidade dos pais, fica permanentemente exposto a grave perigo quanto à saúde, à moral e à **educação**, de forma comprometedora de sua formação como ser humano" (RT. 507:104, TJSP) In: (ISHIDA, 2010, p. 41) (Grifos nossos).

não estava sendo garantido. Conjectura que a falta de informações sobre a situação educacional da criança, verificada no gráfico abaixo, reforça a questão do abandono material contra a criança e o adolescente, observado neste estudo.

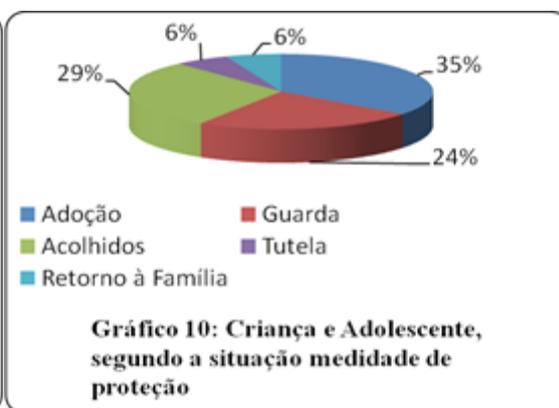
Nesse contexto, o principal motivo da destituição do poder familiar foi o abandono material, ocasionado pela situação de drogadicção em que se encontra a maior parte das famílias. Alguns se envolveram na criminalidade, foi o que aconteceu com a genitora de JLML (08 meses) – A criança foi encaminhada através do Programa SOS criança à Casa de Passagem I, em 27/10/2009, logo após a mãe ser presa, pois nenhum familiar demonstrou interesse em ficar com a criança. Houve o processo de destituição do poder familiar da mãe, o nome da criança foi incluído no Cadastro Nacional e em pouco tempo ela foi adotada (Autos do processo de destituição, 2010).

Quando o poder familiar dos pais é destituído pelo Estado, amparado pela Lei 8.069/90, a criança deve ficar preferencialmente em família extensiva, nesse caso pode-se conceder a guarda, a tutela ou mesmo adoção, mas o nome da criança não é incluído no Cadastro Nacional de Adoção. Nesse cadastro só são incluídas as crianças que não ficaram na família extensiva.

Do universo pesquisado, 59% das crianças não foram incluídas em família extensiva, pois os parentes não aceitaram ou não tinham condições de ficar com a criança, conforme pode ser observado no primeiro gráfico. E dos 59% das crianças que não ficaram em família extensiva, 35% foram adotadas e 29% ainda estão acolhidas. Dos 41% das crianças que não foram incluídas no Cadastro Nacional de Adoção, 24% ficaram sob a guarda de um parente, 6% foram concedidas à tutela e 6% retornaram ao convívio familiar, devido à reabilitação da genitora, conforme observa-se no segundo gráfico:



Dados da pesquisa de campo/2012



Dados da pesquisa de campo/2012

Percebe-se que o acolhimento institucional e a colocação em família substituta, que deveriam ser uma exceção, acabou tornando-se regra, pois as principais medidas possíveis tomadas foram adoção (35%) e acolhimento institucional (29%).

É exemplar o caso concreto das crianças que retornaram ao convívio familiar. Trata-se de uma família composta por pai, mãe e dois filhos do sexo masculino. A genitora era viciada

em drogas, devido ao vício não cuidava das crianças. A Ação de Destituição do Poder Familiar foi impetrada pelo Ministério Público Estadual em desfavor dos pais biológicos em relação às crianças KWFC – 04 anos e MFC- 01 ano.

Consta nos autos que as crianças foram acolhidas na Casa de Passagem I, em maio de 2010, através de encaminhamento do Programa SOS Criança, a pedido do genitor, sob alegação de que a mãe era usuária de drogas e os filhos estavam expostos a graves riscos e maus-tratos, não tendo condições de cuidar das crianças.

Com a possibilidade do risco de perda do poder familiar dos filhos, a mãe, com ajuda do esposo, buscou tratamento no CAPS, para ter seus filhos de volta ao convívio familiar.

O relatório psicossocial acostado aos autos, realizado pela equipe profissional do CREAS, demonstrou que houve uma mudança significativa nessa família a partir do tratamento realizado no CAPS, ao qual a mãe das crianças se submeteu.

Fomos à Unidade Básica de Saúde do bairro para colher informações a respeito do caso e funcionárias do posto relataram que a Sra. Maria estava muito mudada. Segundo a equipe do posto, as crianças estão sendo acompanhadas regularmente pela unidade e todos os profissionais relataram que a genitora não tem feito uso de drogas e tem dado assistência e cuidado necessário às crianças (Autos Processuais, fls. 194).

O Juízo da 2ª Vara da Infância e Juventude, com base na instrução processual, entendeu que os pais estavam aptos a terem de volta os filhos ao convívio familiar. O processo foi extinto sem resolução do mérito. Dessa forma, garantindo o direito fundamental à convivência familiar previsto na norma estatutária.

Ressalta-se que esse caso foi uma exceção, a maioria dos genitores não aceitam ou não são submetidos a tratamento de desintoxicação da dependência química. Nesses casos, verificou-se, a partir das análises processuais, que a colocação em família substituta é a solução mais favorável para garantir os direitos fundamentais da criança e do adolescente, previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Se existisse a articulação de uma rede de proteção à criança e ao adolescente, de forma, que acompanhasse os pais drogaditos para libertá-los da dependência química, de fato, se estaria garantido o sistema de direitos previsto na doutrina da proteção integral – dessa forma restabelecendo os vínculos da criança e do adolescente com a sua família original.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para estudar o instituto da Destituição do Poder Familiar, bem como suas causas sociais e repercussões jurídicas, para além da investigação empírica, analisou-se a modernização do direito da criança e do adolescente, que ocorreu com o advento da Constituição de 1988, ao instituir a doutrina da proteção integral. Nesse contexto, a criança e o adolescente passaram a ser sujeitos de direitos e o exercício desses direitos foi assegurado pela legislação infraconstitucional (1990).

A pesquisa revelou que a principal causa de destituição do poder familiar foi à situação de drogadicção dos genitores, que expõe os filhos ao completo abandono material; já as repercussões

jurídicas encontradas nos autos dos processos foram a ação de destituição do poder familiar e as medidas de proteção aplicadas. Nesses casos, crianças e adolescentes foram acolhidos e os que não tiveram a concessão da guarda ou tutela a algum parente próximo, foram incluídos no cadastro nacional de adoção (CNA) para medida de colocação em família substituta (adoção), mas, infelizmente, muitos estão há mais de 02 anos acolhidos. Essa é a realidade ainda sem solução.

Dos 17 (dezessete) processos analisados, houve apenas um caso de retorno das crianças ao convívio familiar; a mãe, com a ajuda do marido e dos familiares, submeteu-se ao tratamento de desintoxicação da dependência química no CAPS. Isso demonstra que se houvesse uma rede de proteção articulando o Sistema de Garantias, previsto no ECA, teríamos muito mais do que uma legislação moderna, teríamos uma realidade concreta, em que crianças e adolescentes, juntamente com suas famílias, seriam, de fato, assistidas por política públicas universalistas, que propiciassem a inclusão social, conforme prevê a Constituição de 1988 e a Lei nº 8.069/90.

Como foi dito, a Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente enaltecem o direito à convivência familiar e comunitária, privilegiando a manutenção da criança e do adolescente em família originária ou extensiva. A colocação em família substituta é medida excepcional; já o acolhimento é excepcional e provisório, devendo durar enquanto cessa a causa que propiciou a violação ou ameaça aos direitos fundamentais do menor.

Nos casos em que não é possível restabelecer o vínculo com a família originária ou extensiva, o acolhimento será medida transitória para a colocação em família substituta, conforme disposição estatutária. Portanto, o acolhimento não é um fim em si mesmo, mas um meio para se atingir a situação ideal, que é a convivência familiar e comunitária. Todavia, a pesquisa mostrou que o que era para ser exceção, na prática, tornou-se uma regra, ou seja, a maior parte das crianças e dos adolescentes ou são adotados ou ficam nas instituições de acolhimento por tempo indeterminado.

O acolhimento permanente é uma consequência perversa que atinge muitas crianças com idade acima de 06 anos e são, geralmente, da raça negra ou com idade abaixo de 06 anos, mas apresentam alguma necessidade especial. Esse perfil não é o mais procurado pelos casais ou indivíduos que estão inscritos no Cadastro Nacional de Adoção (CNA). Uma das possibilidades para superar essa questão é a colocação em família substituta estrangeira, que, de acordo com a Lei nº 12.010/2009, é a medida mais excepcional de todas as outras, pois o legislador revestiu o instituto da adoção internacional com maiores formalidades para impedir o tráfico de criança e adolescentes para o exterior. Na pesquisa, verificou-se que os estrangeiros são menos exigentes quanto às características físicas da criança adotada.

A lei 8.099/1990 trouxe muitos avanços para o direito da criança e do adolescente, mas ainda é preciso um esforço conjunto do Poder Público, da sociedade e da família para proteger e efetivar esses direitos na prática.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. In: GENTILI, Pablo e SADER, Emir. (organizadores). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito.** (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica da Reforma Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9., março/abril/maio, 2007. Disponível: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp/>. Acesso em: 21/11/2011.

BRASIL. Lei nº 8.069/90: **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível no site: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em 02 de maio de 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 de julho de 2011.

BRASIL, Lei nº 10.406/2002: **Código Civil.** Disponível no site: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 10 de maio de 2012

BRASIL, Lei nº 3.071/16: **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível no site: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 10 de maio de 2012.

BRASIL, Lei nº 6.697/1979. **Código de Menores.** Disponível no site: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em 10 de maio de 2012.

CELA, Vânia Vaz Barbosa. **Repercussões sociais da violência contra crianças e adolescentes: delinquência.** Natal: UFRN, 2007, Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais).

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **Adoção:** Guia prático doutrinário e processual com as alterações da Lei nº 12.010 de 03/08/2009. São Paulo: Cortez, 2010.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente.** São Paulo: Atlas, 2001.

GIL, Antônio Carlos. **Pesquisa social:** métodos e técnicas. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência,** 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **Colocação em família substitua:** aspectos controvertidos. In: Cadernos de direito da criança e do adolescente. São Paulo: Malheiros, 1995. V1.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente:** Ato Infracional e Medidas Socioeducativas. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2008.

RIO GRANDE DO NORTE. **Lei Complementar nº 165/99.** Divisão e a Organização Judiciárias do Estado do Rio Grande do Norte. Disponível: <http://www.mp.rn.gov.br/control/file/legislacao/leis%20complementares/anteriores/LOJ.PDF> Acesso em 15/05/2012.

SIMÕES, Carlos. **Curso de Direito do Serviço Social**. 5ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, Maria Liduína de Oliveira e. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Menores: discontinuidades e continuidades. In: **Revista Serviço Social e Sociedade**, nº 83, São Paulo: Cortez, 2005.

SPOSATI, Aldaíza. **A menina LOAS**: um processo de construção da assistência social. São Paulo: Cortez, 2004.

DIGNIDADE HUMANA E COMPLEXIDADE: POR UM DIÁLOGO TRANSCULTURAL SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

Lenice S. Moreira de Moura

RESUMO

O artigo discute e problematiza o Princípio da Dignidade Humana em sua multidimensionalidade, de forma não exclusivamente individual e antropocêntrica, mas intersubjetiva e planetária, o que significa dizer que tal compreensão transcende propriamente o humano, para contemplar a dignidade de um sujeito implicado no mundo. Nesse contexto, o artigo propõe esgarçar a disciplinaridade do Direito, abrindo as ciências jurídicas para uma percepção mais totalizante da condição humana. Não se trata, entretanto, de fundar-se em uma ideia abstrata, mas de buscar-se a construção da universalidade concreta de tal compreensão, o que significa contextualizar a face de uma identidade planetária do homem, considerando-se, ademais, sua natureza triúnica que comporta as relações dialógicas e complementares entre indivíduo, sociedade e espécie. **Palavras-chave:** Dignidade Humana. Dignidade Planetária. Complexidade. Antropoética. Multidimensionalidade Humana.

HUMAN DIGNITY AND COMPLEXITY: TOWARDS A TRANSCULTURAL DIALOGUE ON HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

This paper aims at discussing and analyzing the Principle of Human Dignity in its multidimensionality, in a way not exclusively individual and anthropocentric, but rather intersubjective and planetary, which implies to say that such understanding transcends the human itself in order to contemplate the dignity of an individual connected to the world. In this context, this study proposes stretching the disciplinarity of Law, unfolding the Legal Science to a more thorough perception of the human condition. It is not about, however, resorting to an abstract idea, but rather undertaking the construction of the concrete universality of such understanding, which translates into contextualizing the face of a planetary identity of the man, also taking into account its triunic nature, which encompasses the dialogical and complementary relations amongst individual, society and species.

Keywords: Human dignity; Planetary dignity; Complexity; Anthropolitical; Human Multidimensionality.

1 DIGNIDADE HUMANA E A QUESTÃO CULTURAL

Considerando a perspectiva cultural, pode-se estabelecer uma diferença substancial entre dignidade humana (aquela reconhecida indistintamente a todos os seres humanos como ontologicamente inata à condição humana) e dignidade da pessoa humana, concretamente considerada, no contexto de seus aspectos culturais, conforme construção social em determinado momento histórico.

Como exemplo desse conteúdo cultural e axiologicamente variável, temos a admissão da pena de morte em determinados países como meio de combate à criminalidade, e, em outros, a expressa vedação constitucional, por considerá-la atentatória à proibição de penas cruéis, as

quais violariam a dignidade da pessoa humana e o primado fundamental da proteção da vida.

As diferenças culturais das sociedades humanas conduzem à constatação de concepções díspares sobre o princípio constitucional citado, o qual foi essencialmente construído pela cultura ocidental, que se pretende hegemônica. Considerando-se tal diversidade cultural, seria razoável a legitimação da supremacia da concepção ocidental de dignidade da pessoa humana?

A questão que se impõe é a reflexão a respeito da existência de um núcleo essencial, intangível, de proteção da pessoa humana e, portanto, da invariabilidade de tratamento jurídico relativamente a esse cerne fixo, independentemente das variações histórico-culturais.

Partindo-se da premissa de que “todas as culturas são incompletas e que os *topoi* de uma cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a cultura a que pertencem” (SANTOS, 2006, p. 86), impõe-se a necessidade de um diálogo transcultural para melhor compreensão do Princípio da Dignidade Humana.

2 TRADUÇÃO INTERCULTURAL

Boaventura de Souza Santos propõe, nesse contexto, a realização de um “trabalho de tradução intercultural” (SANTOS, 2006, p. 127-134), pois as trocas desiguais entre culturas díspares têm ensejado a morte das concepções da cultura subordinada (epistemicídio) e, consequentemente, o extermínio dos grupos sociais titulares dessa cultura (genocídio) (SANTOS, 2006).

Para Boaventura, a tradução entre as compreensões culturais assume a forma de um diálogo intercultural, o qual consiste:

No trabalho de interpretação entre duas ou mais culturas com vista a identificar preocupações isomórficas entre elas e as diferentes respostas que fornecem para elas. Tenho vindo a propor um exercício de hermenêutica diatópica a propósito da preocupação isomórfica com a dignidade humana entre o conceito ocidental de direitos humanos, o conceito islâmico de *umma* e o conceito hindu de *dharma*. (...) Ocorre que a universalidade dos direitos humanos não pode ser dada por adquirida. A ideia de dignidade humana pode ser formulada em diferentes linguagens. Em lugar de serem suprimidas em nome de universalismos abstratos, essas diferenças devem tornar-se mutuamente inteligíveis, através da tradução e do que designo por hermenêutica diatópica (SANTOS, 2006, p. 124).

O objetivo do diálogo intercultural constitui-se na maximização da consciência da incompletude recíproca das culturas (SANTOS, 2006), o que enseja a necessidade de uma relação de complementaridade entre elas (MORIN, 1998). “O exercício de reciprocidade entre culturas consiste em transformar as premissas de argumentação de uma dada cultura em argumentos inteligíveis e credíveis noutra cultura” (SANTOS, 2006, p. 87).

Nessa perspectiva, o “trabalho de tradução intercultural” visa a

esclarecer o que une e o que separa as diferentes práticas, de modo a determinar as possibilidades e os limites da articulação ou agregação entre eles. Dado que não há uma prática social ou um sujeito coletivo privilegiado em abstrato para conferir sentido e direção à história, o trabalho de tradução é decisivo para definir, em concreto, em cada momento e contexto histórico, quais as constelações de práticas com maior potencial contra-hegemônico (SANTOS, 2006, p. 127).

Entretanto, o grande desafio que se circunscreve nesse contexto consiste em saber como maximizar a interculturalidade sem subscrever o relativismo cultural e epistemológico. Seria possível constituir uma posição antropológica sem fundá-la em princípio absoluto?

Para Morin (2005a), tal posição antropológica supõe assumir a condição humana mediada pela autoética, conforme enfatizado no Método 6. Dessa forma, a antropológica contém o caráter trinitário do circuito indivíduo/espécie/sociedade e assim nos faz assumir o destino humano nas suas antinomias. Tal percepção eleva, ao patamar ético, a consciência antropológica que reconhece a unidade de tudo o que é humano na sua diversidade e a diversidade em tudo o que é unidade; daí a missão de salvaguardar por toda parte a unidade e a diversidade humanas. A antropológica liga a ética do universal à ética do singular.

Portanto, não se propugna o relativismo cultural, enquanto ausência de critérios de hierarquias de validade entre diferentes formas de percepção da dignidade humana. O relativismo é uma posição insustentável porque torna impossível qualquer relação entre concepção de dignidade humana e emancipação social. Se tudo valesse e valesse igualmente como compreensão da condição humana, todas as percepções tornar-se-iam igualmente válidas ou, por outro lado, igualmente inválidas.

Ocorre que a concepção de direitos humanos assenta-se num conjunto de critérios tipicamente ocidentais. Tais critérios partem do pressuposto de que existe uma natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente. Tal natureza humana é essencialmente diferente e superior à restante realidade. Na concepção kantiana, o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irreduzível que tem de ser defendida da sociedade ou do Estado, e tal dignidade implica na autonomia do indivíduo, que requer da sociedade o reconhecimento de sua liberdade individual.

Constata-se, hoje, a “ocidentalização” da concepção de dignidade humana, uma vez que todos esses pressupostos são facilmente distinguíveis de outras formas de compreensão em outras culturas não ocidentais. Qual a razão da universalidade abstrata ter se tornado uma característica marcante da compreensão dos direitos humanos?

A marca ocidental liberal do discurso dominante dos direitos humanos pode ser identificada na Declaração Universal de 1948, elaborada sem a participação da maioria dos povos do mundo. Em tal documento, há o reconhecimento dos direitos e liberdades individuais de forma enfática, constatando-se a prioridade concedida aos direitos cívicos e políticos sobre os direitos sociais e culturais; sendo o direito de propriedade o primeiro e, durante muitos anos, o único direito econômico efetivamente reconhecido no mundo ocidental.

Por outro lado, nessa declaração, o homem encontra-se separado do resto do universo, do qual é legislador supremo: os demais seres vivos não estão abrangidos. O homem também se encontra separado da sociedade, pois é enaltecido, especialmente, como indivíduo. Valoriza-se uma espécie de democracia matemática, pela qual a sociedade é a soma de indivíduos livres, que se unem mediante o contrato social para realizar objetivos comuns, especialmente na busca da segurança. Porém tal concepção de indivíduo encontra-se distante da percepção de pessoa, ou da dignidade da pessoa humana. A noção de pessoa é mais ampla do que a de indivíduo, pois abrange o ideário de comunidade, predispondo à solidariedade e libertando o indivíduo do fardo pesado da solidão, tão presente nos valores da modernidade.

3 DIMENSÕES DA DIGNIDADE HUMANA: INDIVIDUAL, SOCIAL, ANTROPOLÍTICA E ANTROPOÉTICA

Nesse contexto, precisamos estabelecer uma relação entre Direitos Humanos e Dignidade Humana, para melhor compreensão da reflexão ora proposta. Consideramos que a construção histórica dos Direitos Humanos reflete, concretamente, o que o Princípio da Dignidade Humana propõe, ou seja, os Direitos Humanos Fundamentais representam a concretização das dimensões individual, social, antropolítica e antropolítica da dignidade humana, de forma recursiva e complementar.

Há uma relação intrínseca entre liberdade, igualdade e fraternidade na ontologia e na fenomenologia do Direito enquanto instrumento para a realização da dignidade humana. Cada um desses valores humanísticos corresponde às dimensões individual, social e antropolítica da condição humana.

Para Edgar Morin (2005b), essa trindade é complexa porque seus termos são ao mesmo tempo complementares e antagônicos: a liberdade sozinha mata a igualdade sem realizar a fraternidade; a fraternidade, necessidade fundamental para que haja um vínculo de dependência entre cidadãos, deve regular a liberdade e reduzir a desigualdade, mas ela não pode ser nem promulgada, nem instaurada por lei ou decreto.

A antropolítica se constitui na política da condição humana e diz respeito a uma nova geopolítica para a realização da dignidade do homem e da dignidade planetária. Para Edgar Morin, “uma política do homem necessariamente tem por campo o planeta; necessariamente constitui política de desenvolvimento da espécie humana na unidade planetária” (MORIN, 1980, p. 62).

A geopolítica do planeta seria não centrada nos interesses das nações, mas descentrada e subordinada aos imperativos comunitários; ela estabeleceria não zonas de influência estratégicas e econômicas, mas vínculos cooperativos entre zonas. Ela só poderia se impor fazendo convergir caminhos de aproximação múltiplos. (...) Haveria necessidade de uma cidadania planetária, de uma consciência cívica planetária, de uma opinião intelectual e científica planetária, de uma opinião política planetária. Não estamos sequer no começo disso. No entanto, essas são as preliminares para uma política planetária, que ao mesmo tempo é uma condição para a formação dessas opiniões e tomadas de consciência (MORIN, 2005b, p. 117).

A política do homem abrange, simultaneamente, a multidimensionalidade dos problemas humanos e a questão planetária, inserindo, no seu âmago, o problema do sentido da existência e do destino humano. Tal sentido da política deve dar conta do devir do homem e do planeta, pois as ameaças da arma termonuclear e da degradação dos ecossistemas tornam-se uma questão política maior, implicada na dimensão antropolítica e antropolítica da dignidade humana.

A essência do que seja antropolítica retiramos da obra *Introdução à política do homem*, na qual Morin (1980) enfatiza as duas raízes simultâneas que a constituem: o amor e a ciência, conectados pela consciência comunitária, ou consciência fraterna. Para o autor, na compreensão dessa nova política, seria necessário unir a concepção freudiana da alma humana, da psique, com a compreensão das condições materiais do homem *faber* de Marx, pois “faltaria a Freud, o *homo faber*; a Marx, a *psique*. Estes dois núcleos do homem ainda esperam reunir-se, a fim de que se possa estruturar uma política não mutilada no nascedouro” (MORIN, 1980, p. 28).

A ciência política, portanto, é insuficiente para a realização da política do homem. É preciso acrescentar o amor, que confere dignidade a tudo o que é humano! Sobre o paradoxo da ciência e sua insuficiência no trato das grandes questões humanas, é oportuno retornar às palavras de Morin:

A revolução científica não traz nenhum progresso humano, se bem que todo adiantamento científico seja progresso. Ela pode, antes, consolidar as potências, e debilitar as emancipações. A revolução científica é débil em seu radicalismo. Os sábios atomistas são frágeis onipotentes e a ciência existe à imagem desta onipotência débil; avança titubeando. Seus progressos se deslocam e se afogam no tumulto do mundo. Consegue dominar o mundo arriscando auto-aniquilar-se no aniquilamento do mundo. Já é capaz de aniquilar, e continua incapaz de reformar. Revolucionária, ativa, genial, também continua cega, ébria, titubeante. Urge, portanto, uma consciência revolucionária que possa domesticar a ciência. Reciprocamente, porém, esta consciência deve matricular-se na escola da ciência, valendo-se de seus métodos de pesquisa e de verificação, dominando o multiforme problema da técnica, mas também procurando na ciência o saldo que poderia ser decisivo para a revolução (MORIN, 1980, p. 41).

Conforme compreensão da ciência política com base no pensamento complexo, a realização do bem comum, que representa a dimensão fraterna da dignidade humana, suscita a questão do desenvolvimento e a crise da concepção economicista do progresso. Os graves problemas sociais dos países do sul revelam o equívoco de tal perspectiva. Por outro lado, é o próprio desenvolvimento econômico que começa a ensejar, nos países do norte, um fantástico subdesenvolvimento afetivo, psicológico e moral do ser humano, o qual expressa verdadeiro processo de negação da dignidade humana.

Percebe-se a consciência cada vez mais clara da escassez de amor nas sociedades realizadas, a miséria mental nas sociedades ricas, as deficiências psicológicas nas sociedades prósperas. Existe miséria humana que não diminui com o decréscimo da miséria material, mas se agrava na abundância e lazer. Dois polos, portanto: no polo do terceiro mundo, o subdesenvolvimento técnico-econômico; no polo extremo-ocidental, o subdesenvolvimento da alma e do espírito a revelar profundo, radical subdesenvolvimento do ser. Se relacionarmos os dois polos, será todo o campo da política planetária a exigir reformulação em função de uma política do desenvolvimento. Antes de tentar examinar o mal próprio da civilização ocidental, em si mesmo, vejamos o que apresenta ela de universal: a carência afetiva e psíquica, variável em cada civilização, mas presente em toda civilização. É no mundo rico, desaparecidas as deficiências materiais, que nos aparecem os cancros e as pústulas do corpo, quando nos esforçamos por enxergar as pústulas e os cancros da alma, as cáries e as carências do ser humano. Hoje, em nova perspectiva, mas sempre a mesma, surge a grande miséria moral (mental, afetiva) que perpassa toda história. (...) A única solução, e não basta anunciá-la com palavras, nos reconduz ao problema central; a única solução, não resposta a essa questão, é o amor, a participação comunitária (MORIN, 1980, p. 57-58).

A miséria humana não diminui com o decréscimo da miséria material, como sublinha o autor: persistem a miséria moral, a carência afetiva e psíquica. O desenvolvimento do espírito humano seria o contraponto para a superação da miséria material das sociedades. Os esforços

contra as misérias materiais surtiriam resultados, não fossem as misérias da alma a obstruir o verdadeiro desenvolvimento humano. Para Morin (2005), a “antropolítica geral”, que insere também a “antropoética”, significa conceber, “a um só tempo, a política do mundo pobre e a política da pobreza humana do mundo rico” (MORIN, 1980, p. 119).

Pode-se considerar que a fonte de dignidade que permeia o homem e o espaço cósmico, em conexão fraterna, é o amor, do qual brota a felicidade humana que emerge da experiência solidária.

A busca pela realização da Dignidade Humana, que se constitui no epicentro da ordem jurídica, no princípio e no fim do próprio direito, tem como propósito, em última análise, a realização da felicidade. Felicidade não segundo a concepção “egocêntrica que busca somente o bem-estar próprio sem se importar com os outros; ela deve ser buscada com a consciência de que sua estabilidade só é alcançada por meio da coexistência e cooperação entre a vida do indivíduo e a comunidade” (IKEDA, 2000, p. 170).

Em síntese, o projeto antropolítico e antropoético consiste em extrair, de cada sistema em crise, a verdadeira seiva, propiciando sua confluência. Essa seiva poderia ser constituída, segundo Morin (1980) pela energia antropolítica revolucionária de Marx; pela determinação de aprofundamento do homem, propiciando a compreensão da alma humana, conforme proposto por Freud; pelo incomensurável impulso amoroso que brota do cristianismo; pela busca aplicada e transformante do real, proporcionada pela ciência e pela tensão poética e arrebatadora do ser humano, proposta pelo movimento do pós-surrealismo.

4 COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NO CONTEXTO DE SUA UNIVERSALIDADE CONCRETA

Não se trata, entretanto, de fundar-se em uma ideia abstrata de dignidade humana, mas de buscar-se a construção da universalidade concreta de tal compreensão. No que se refere a tal questão, Edgar Morin nos convida à seguinte reflexão:

Na busca da universalidade concreta, o obstáculo não procede apenas das instâncias ego ou etnocêntricas que sacrificam sempre o interesse geral a seus interesses particulares, mas também de uma aparente universalidade, que julga servir o interesse geral, no entanto obedece apenas a uma racionalização abstrata. A norma do universal concreto é muito difícil de aplicar. O interesse geral não é nem a soma, nem a negação dos interesses particulares. A ecologia da ação nos mostra que a ação a serviço do interesse geral pode ser desviada num sentido particular. Nossa ideia do interesse geral deve ser frequentemente reexaminada em referência a nosso universo concreto, que é o planeta Terra (MORIN, 2005b, p. 144-145).

Assim, o critério para buscar a universalidade concreta é a contextualização da questão em face de nossa identidade planetária. Logo, a compreensão da dignidade humana em face de uma universalidade concreta não é antropocêntrica, porque requer a compreensão da dignidade planetária, a qual implica na formação de uma consciência planetária, como produto da solidariedade ecológica, pois:

A vida, nascida da Terra, é solidária da Terra. A vida é solidária da vida. Toda vida animal tem necessidade de bactérias, plantas, outros animais. A descoberta da solidariedade ecológica é uma grande e recente descoberta. Nenhum ser vivo, mesmo o humano, pode libertar-se da biosfera (MORIN, 2005b, p. 53).

Por outro lado, a realização de um diálogo transcultural sobre dignidade humana poderia ocorrer, por exemplo, entre a concepção dos direitos humanos na cultura ocidental e a compreensão do *dharma* na cultura hindu.

Santos (2006), no que se refere à realização do diálogo intercultural nesse contexto, atenta para a possibilidade de contestação sobre a legitimidade de tal diálogo, pois versaria sobre uma concepção secular, como são os Direitos Humanos, e concepções religiosas, como é o caso do hinduísmo. Entretanto, é na própria distinção entre o secular e o religioso que encontramos a riqueza da prática de tradução transcultural e da possibilidade de construção de uma dimensão transdisciplinar de compreensão da dignidade do homem.

Segundo Panikkar, *dharma*

é o que sustenta, dá coesão e, portanto, força, a uma dada coisa, à realidade e, em última instância, aos três mundos (triloka). A justiça dá coesão às relações humanas; a moralidade mantém a pessoa em harmonia consigo mesma; o direito é o princípio do compromisso nas relações humanas; a religião é o que mantém vivo o universo; o destino é o que nos liga ao futuro; a verdade é a coesão interna das coisas. [...] Um mundo onde a noção de *dharma* é central e quase onipresente não está preocupado em encontrar o “direito” de um indivíduo contra outro ou do indivíduo perante a sociedade, mas antes em avaliar o carácter dharmico (correcto, verdadeiro, consistente) ou adharmico de qualquer coisa ou ação no complexo teantropocósmico total da realidade (PANIKKAR, 1984, p.39).

Considerando-se tal perspectiva hindu de *dharma*, a concepção ocidental de Direitos Humanos é incompleta e insuficiente, porque não estabelece a conexão fundamental da parte (o indivíduo) e o todo (o cosmos). Na perspectiva *dharmica*, a ideia de direito subjetivo, conforme concebida no direito ocidental, não está presente, pois, segundo tal concepção, o gênero humano não tem o “direito” de sobreviver, senão na medida em que cumpre o dever de manter o mundo. Tais direitos não seriam atribuídos ao homem unicamente, pois este não passa de um elemento do cosmos. Os direitos da natureza e das demais criaturas também devem ser definidos. Para tal compreensão, o indivíduo constitui-se em mera abstração, porque não existe fora das relações que o conectam com os elementos que compõem o mundo real. Daí a inexistência dos direitos do homem na sua percepção individual.

Nesse contexto, a compreensão de dignidade humana no ocidente subverte o que é fundamental, na medida em que enfatiza como primordial o que é meramente derivado, isto é, os Direitos Humanos. Em realidade, a percepção da dignidade humana de forma conexa à dignidade planetária, como realidades interdependentes, enseja, como imperativo primordial, o dever dos indivíduos de encontrarem o seu lugar na ordem geral da sociedade e de todo o cosmos.

Se olharmos conforme a perspectiva do *dharma*, a concepção ocidental dos Direitos Humanos revela-se obscurantista, pois funda-se em uma simetria mecanicista entre direitos e deveres,

garantindo direitos a quem pode exigir deveres. Essa é a razão pela qual, na concepção ocidental dos Direitos Humanos, a natureza não tem direitos: porque não lhe podem ser impostos deveres. Pelo mesmo motivo, é impossível garantir direitos às gerações futuras: não têm direitos porque não têm deveres (SANTOS, 2006).

Por outro lado, torna-se necessário agregar à compreensão do trabalho de tradução a noção de transculturalidade, a qual transcende a perspectiva intercultural. O que difere o transculturalismo do interculturalismo? Qual a razão da defesa de uma compreensão transcultural e não meramente intercultural de dignidade humana?

Para responder tal questão, recorreremos a Edgar Morin, no que se refere à distinção entre interdisciplinaridade e transdisciplinaridade:

Os fenômenos são cada vez mais fragmentados, e não se consegue conceber a sua unidade. É por isso que se diz cada vez mais: 'Façamos interdisciplinaridade'. Mas a interdisciplinaridade controla tanto as disciplinas como a ONU controla as nações. Cada disciplina pretende primeiro fazer reconhecer sua soberania territorial, e, à custa de algumas magras trocas, as fronteiras confirmam-se em vez de se desmoronar (MORIN, 2003a, p. 135).

Na proposta de interculturalidade, da mesma forma que na interdisciplinaridade, há a manutenção das fronteiras culturais, com a ocorrência de magras interpenetrações, sendo mister, no entanto, o desmoronamento de tais fronteiras para que haja a emergência de um diálogo transcultural profundo, capaz de construir novos paradigmas de compreensão da Dignidade Humana.

Ocorre que a percepção monocultural do que seja Dignidade Humana, segundo a universalização ocidental, é excludente de toda a riqueza e diversidade cultural dos povos não ocidentais, que muito têm a contribuir para a construção de uma nova percepção da condição humana em relação dialógica com o cosmos e a natureza, na perspectiva de construção de um novo contrato natural.

Segundo Vandana Shiva (2003), as monoculturas da mente fazem a diversidade desaparecer da percepção e, conseqüentemente, do mundo. O desaparecimento da diversidade corresponde ao desaparecimento das alternativas. Na verdade, as monoculturas são uma fonte de escassez e pobreza. As diversidades natural e cultural são fontes de riqueza e alternativas.

O respeito à diversidade cultural e a realização de um diálogo transcultural, que transcende a perspectiva da interculturalidade, é fundamental para a emergência de um novo humanismo, o humanismo planetário, que reconhece a dignidade de outros seres que habitam a Terra, sem a qual torna-se impossível a realização da Dignidade Humana.

Não obstante a diversidade cultural quanto à concepção de Dignidade do Homem e a relação dialógica dessas culturas, não excluimos sua unidade ontológica inata à condição humana. Em face disso, parece-nos que é possível encontrar unidade em tal diversidade, havendo, portanto, um núcleo essencial intangível, o qual compreende a vida, a liberdade, a igualdade, e a fraternidade, valores a serem preservados universalmente como inatos à humanidade.

5 CONSIDERAÇÕES NÃO FINALIZANTES: DIGNIDADE HUMANA, DIVERSIDADE E UNIDADE MÚLTIPLA

Edgar Morin, no Diálogo sobre a Natureza Humana, estabelecido com Boris Cyrulnik, pondera que a diversidade da natureza humana não exclui sua unidade, o que contribui para a concepção de Dignidade Humana transcultural, ao mesmo tempo em que fundamenta a existência de unidade em seu núcleo intangível:

O tesouro da vida e da humanidade é a diversidade. Entretanto, a diversidade de modo algum nega a unidade (...). A extraordinária riqueza humana é um tronco comum – aquilo a que se pode chamar uma natureza humana – a partir da qual existem possibilidades inusitadas de diversidade individual, cultural. (...) Realizar unidade da espécie humana ao mesmo tempo que se respeita sua diversidade, é uma ideia não apenas de fundo, mas de projeto (MORIN; CYRULNIK, 2004a, p. 37-38).

Portanto, compreender a unidade da dignidade humana em sua diversidade cultural é fundamental para que o princípio constitucional a ela correspondente possa gerar ações compatíveis com a ética da comunidade planetária, que transcende a percepção individualista e monocultural de dignidade, capaz de promover a regeneração do verdadeiro humanismo.

Partindo-se da premissa de que nós, os humanos, estamos unidos pela cultura e separados pela cultura que nos diferencia, seria possível estabelecer a unidade da Dignidade Humana em sua diversidade cultural? Em outras palavras, seria possível estabelecer um núcleo imutável, universal na compreensão da Dignidade Humana, que fosse válido para todas as culturas?

A questão é complexa, pois sua resposta encontra-se no interior do paradoxo da condição humana, porque compomos uma unidade na diversidade, constituímos-nos de uma unidade múltipla. Ao mesmo tempo em que nos unimos em torno de uma identidade planetária, separamo-nos em face da diversidade cultural. Portanto, são os valores de nossa identidade planetária que estabelecem o núcleo intangível e universal da dignidade humana. E que valores seriam esses? O cuidado com a vida humana e planetária, o respeito à liberdade e à igualdade de todos os seres na condição de hóspedes deste planeta, a solidariedade ecológica, o cultivo da convivência harmônica e pacífica e o apreço pelo bem-estar e a felicidade dos seres que têm a Terra como seu *habitat*. Portanto, qualquer ação ou omissão que viole tais valores universais é contrária à Dignidade Humana, pois fere os valores de nossa identidade planetária, comprometendo a unidade na diversidade.

Com base nessas premissas, voltemos à reflexão sobre as condições de desigualdade e opressão em que vivem as mulheres islâmicas, sendo submetidas, inclusive, à negação do prazer sexual. Consideramos que tais práticas, independentemente da diversidade cultural, ferem o núcleo fundamental da dignidade humana, pois comprometem o bem-estar, a felicidade e a saúde de tais mulheres.

Por outro lado, também consideramos que as ações e omissões que contribuem para a degradação do meio ambiente e da natureza também ferem a dignidade humana em seu núcleo fundamental, pois afetam nossa Terra-Pátria, que confere a identidade planetária aos humanos.

A compreensão da dimensão cósmica e planetária da dignidade humana se funda no estabelecimento de um contrato natural que viabilize uma nova aliança do homem com a natureza, conforme propõem Ilya Prigogine, Isabelle Stengers e Michel Serres. Nessa nova aliança, o homem sai da condição de dominador e parasita para a condição de hóspede amável, disposto a cuidar de seu *habitat*, e com ele desenvolver uma relação simbiótica e solidária.

INSPIRAÇÕES

ALMEIDA, Maria da Conceição de. **Complexidade e cosmologias da tradição**. Belém: EDUEPA; UFRN/PPGCS, 2001.

IKEDA, Daisaku. **Vida: Um enigma, uma jóia preciosa**. Trad. Limeira Tejo. Rio de Janeiro: Record, 2003.

____; DE ATHAYDE, Austregésilo. **Direitos Humanos no Século XXI**. Trad. Masato Ninomiya. Rio de Janeiro: Record, 2000.

____; HENDERSON, Hazel. **Cidadania Planetária**. Trad. Mitiyo Santiago Murayama. São Paulo: Brasil Seiko, 2005.

JOÃO. Português. In: **Bíblia de Estudo Pentecostal**. Trad. João Ferreira de Almeida. Recife: CPAD. 1995, p. 1575. Bíblia. N. T.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 153-184.

LISPECTOR, Clarice. **Felicidade Clandestina**. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

____. **Um sopro de vida**. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.

____. **Água Viva**. Rio de Janeiro: Rocco, 2004.

____. **Aprendendo a Viver - Imagens**. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

MARX, Karl. **Manuscritos Econômico-Filosóficos**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MORIN, Edgar. **Introdução à Política do homem e argumentos políticos**. Trad. Celso de Sylos. São Paulo: Forense, 1980.

____. **Inteligência da complexidade**. Trad. Nurimar Maria Falcini. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1998.

____. **Ciência com consciência**. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand, 2003a.

____. **O método 5. A humanidade da humanidade.** Trad. Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2003b.

____. **O Método 6. Ética.** Trad. Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2005a.

____; KERN, Anne Brigitte. **Terra – pátria.** Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: Sulina, 2005b.

MOURA, Lenice Silveira Moreira de. **SOBRE A DIGNIDADE HUMANA: Prelúdio para uma abertura das ciências jurídicas.** Tese apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, sob a orientação da Profa. Dra. Maria da Conceição Xavier de Almeida, como pré-requisito para a obtenção do título de Doutor em Ciências Sociais. 2008.

PESSÔA, Daniel Alves. **A tessitura da dignidade humana e os direitos humanos.** João Pessoa, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada. In: Joaquim Falcão e Cláudio Souto (org). **Sociologia e Direito - Leituras básicas da Sociologia Jurídica.** São Paulo: Pioneira, 1980, p. 109-17.

____. **A gramática do tempo: Para uma nova cultura política.** São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SHIVA, Vandana. **Monoculturas da mente.** Perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA AO ATIVISMO JUDICIAL

Vitor Emanuel Teixeira de França¹

RESUMO

O presente artigo vem abordando o fenômeno da judicialização da saúde a partir da necessidade de concretização do disposto no art. 196 da Constituição Federal de 1988, (CF/88) a respeito do acesso à saúde como direito de todos e dever do Estado. Nesse contexto, tem-se notado uma “epidemia” de decisões judiciais que obrigam os governos estadual e federal a fornecer medicamentos/tratamentos de alto custo que, em geral, não são oferecidos pelos SUS. Ora, de um lado estão os pacientes, as associações, o Ministério Público e as Defensorias Públicas que buscam efetivar o direito constitucional da assistência à saúde através do Poder Judiciário. Do outro lado, estão a Administração Pública, os secretários de saúde municipais e estaduais, bem como o Ministério da Saúde que reclamam da interferência do Poder Judiciário nas ações do executivo e do elevado custo das demandas judiciais – sem contar que a Justiça ainda pode usar-se do ativismo judicial para efetivar esse direito em razão da omissão legislativa. Para alcançar os objetivos deste estudo, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e documental, mediante análise de artigos em revistas jurídicas especializadas, bem como de casos extremos oriundos do ativismo judicial. Finalizando com a análise do programa ‘SUS Mediado’, que tem reduzido significativamente o número de processos ajuizados na área da saúde dentro do Rio Grande do Norte.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Judicialização da saúde. SUS Mediado.

HEALTH JUDICIALIZATION: MEDIATION AS AN ALTERNATIVE TO JUDICIAL ACTIVISM ON HEALTH

ABSTRACT

This paper aims at addressing the health legalization phenomenon from the implementation need of the provisions established on art. 196 of the 1988 Federal Constitution (CF/88) concerning access to health as a universal right and a duty to be provided by the State. In this context, it has been noticed an “epidemic” of judicial decision requiring the state and federal governments to provide drugs/expensive treatments, that are not usually offered by SUS. From one side, we have the patients, associations, Public Ministry and the Public Defender seeking to effect the constitutional right of health care through the judiciary. On the other hand, we have the Public Administration, Health Departments, state and local, as well as the Ministry of Health who complain about the interference of the judiciary regarding the actions of the executive and the high cost of litigation, not to mention that justice can still make use of the judicial activism to enforce such right due to legislative omission. To achieve this study’s goals, bibliographic and documentary researches were used through articles from specialized legal journals, as well as extreme cases arising from judicial activism. Finally, this paper also analyzed the ‘SUS Mediated’ program, which has significantly reduced the number of cases filed within health care in Rio Grande do Norte.

Keywords: Judicial Activism; Health Judicialization; SUS Mediated.

¹ Discente do curso de Direito (UNI-RN), do curso de Gestão Pública (IFRN) e pesquisador institucional do Projeto de Pesquisa intitulado *Ativismo Judicial como efetivador dos Direitos Sociais*, sob orientação da Professora Lenice S. Moreira de Moura.

1 DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

Em outubro de 2015, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) completará 27 anos – é o mais longo período de estabilidade institucional da vida brasileira, sendo válido colocá-la em pauta não só por isso, mas também por sua posição privilegiada na hierarquia normativa.

Nesse contexto, ela foi apelidada por Ulysses Guimarães² como “Constituição Cidadã”, por discutir de maneira plena a sociedade e a cidadania pela primeira vez. Dentre os motivos para isso, estão o ‘entulho’ autoritário militar da época da Ditadura, bem como o momento democrático vivido – pós ‘diretas já’. Apesar de a CF/88 ser tida por alguns como impraticável, em função dos inúmeros direitos sociais lá elencados, existe um esforço imenso para realmente garanti-los por meio de políticas públicas que visam a transformação social e a redução das desigualdades.

Todo esse novo cenário político, agora materializado em uma Constituição, refletiu em um aumento quase que epidêmico de processos judiciais. Nesse discurso, a título de comprovação, o gráfico abaixo apresenta a quantidade de processos que ingressaram no Supremo Tribunal Federal (STF) ano a ano, desde a data em que a referida instância passou a publicar o Diário Oficial Eletrônico até o dia 11 de março de 2015:



Figura 1. Fonte: www.meretissimos.org.br/stf/index.php

É válido esclarecer que a partir de 2007 houve uma queda no número de processos na referida instância em razão do instituto da “Repercussão Geral” – eliminando recursos formulados identicamente sobre uma mesma questão constitucional. Dentre os vários motivos que podem justificar esse aumento na quantidade de processos, está a expansão de órgãos como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), bem como o aumento de núcleos em assistência jurídica das instituições de ensino superior em Direito e a maior visibilidade que o canal ‘TV Justiça’ tem ganhado – agora com o sinal digital e a Internet banda larga.

² Político e advogado brasileiro opositor à ditadura (1996-1992).

Essa judicialização exacerbada da vida foi facilitada pelos meios supracitadas, mas foi incitada, principalmente, pelo aumento de relações humanas. Ora, a sociedade brasileira experimenta pela primeira vez a ação do judiciário sobre suas vidas de uma forma nunca antes vista e isso reflete em uma participação deste no modo de subjetivação dos indivíduos, produzindo subjetividades judicializadas (modo de pensar e agir baseado em leis) e subjetividades judiciais (confeção de um modo de vida judicializado).

2 DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A CF/88 reservou o Capítulo II do Livro II inteiro para o extenso rol de direitos sociais que dialogam direta ou indiretamente com a dignidade da pessoa humana³. Esses direitos sociais, agora alçados a direitos fundamentais, pertencem aos chamados ‘direitos positivos’, ou seja, são um dever de prestação que o Estado tem para com o particular, a exemplo dos serviços escolares, médico-hospitalares, assistenciais, desportivos, etc.

A finalidade dos direitos sociais é beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes alguma vantagem, objetivando uma igualdade real: “Partem do princípio de que incumbe aos Poderes Públicos melhorar a vida humana, evitando tiranias, arbítrios, injustiças e abusos de poder” (BULOS, 2012, p. 803).

Nesse sentido, vale deixar claro quais são esses direitos, conforme a Carta Maior:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Com isso, é perceptível que, passados quase trinta anos, vários desses direitos não foram integralmente transplantados para a realidade objetiva da sociedade. Nesse diapasão, alguns especialistas explicam isso afirmando que as normas constitucionais são meramente programáticas, ou seja, são princípios a serem cumpridos pelos seus órgãos – o que só legitima ainda mais a atuação do Poder Judiciário na elaboração de políticas públicas.

Independente disso, o fato é que o Poder Judiciário vem garantindo, a seu modo, medicamentos previstos (exercendo atipicamente funções do Poder Executivo) ou não (exercendo atipicamente funções do Poder Legislativo) no rol do SUS, bem como garantindo a internação de pacientes em clínicas particulares, às expensas do Poder Público, para realização de exames e intervenções cirúrgicas.

2.1 DO DIREITO À SAÚDE

O direito à vida é assegurado no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, consubstanciando-se no direito à saúde resguardado no art. 6º, bem como no artigo 196 do mesmo diploma legal:

3 Valor moral e espiritual inerente à pessoa e que constitui o princípio máximo do estado democrático de direito.

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

Nesse discurso, a norma do art. 196 da CF/88 enuncia direito subjetivo do particular, correspondente a um dever jurídico estatal. É, na classificação da doutrina constitucionalista, norma de eficiência plena e aplicabilidade imediata, conforme o disposto no art. 5º, §1º⁴, da Constituição Federal, não dependendo de qualquer ato legislativo para que seja efetivada pela Administração Pública.

A fim de corroborar com esse raciocínio, cabem as sábias palavras do Ministro Celso de Mello, no RE nº 271286:

(...)

O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

(...)

Portanto, que o direito à saúde é um direito fundamental, de cunho social, e exigível perante o poder público, opondo-se veementemente àqueles que o tratam como mera norma programática. Ora, a partir do momento em que

(...) os direitos sociais são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais⁵ (...), (SILVA, 2002)

está-se buscando a atuação do Estado para atender aos indivíduos que necessitam de medicamentos e tratamentos com caráter de urgência indispensáveis à manutenção de sua saúde, de sua integridade física e de sua vida digna e não dispõem de recursos financeiros suficientes para adquiri-los - com vistas ao perigo de dano irreparável.

Ainda de acordo com o renomado jurista Martin Borowski⁶, “os direitos fundamentais possuem máxima hierarquia nos sistemas jurídico nacional e são exigíveis judicialmente.”

2.1.1. Da Lei 8.080/1990 (Lei do SUS)

Historicamente, os direitos sociais originaram-se de uma reação ao liberalismo vigente nos séculos XVIII e XIX, o qual havia adotado inovações tecnológicas no processo produtivo

4 As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

5 SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 285.

6 BOROWSKI, Martin. La Estructura de los Derechos Fundamentales. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p.33.

convencional à Revolução Industrial. Didaticamente falando, passaram a existir mais máquinas e menos trabalhadores; o que, conseqüentemente, aumentou a oferta de trabalho e diminuiu o valor pago por este.

Esse cenário fez nascer no trabalhador, já munido do sufrágio universal, um sentimento de 'ser protegido/proteger-se' que foi levado à classe política como pretensão – antes alheia ao processo político. Partindo desse momento, várias Constituições passaram a adotar um rol de direitos fundamentais, sociais e econômicos para si.

No Brasil, a primeira a adotar algo assim foi a Constituição de 1934, ao diferenciar bem as liberdades clássicas das liberdades concretas, tendo em vista essas referirem-se a direitos sociais que não são meramente direitos de agir e sim poderes de exigir/direitos de crédito. E a saúde, já na Constituição Federal de 1988, além de ter sido consagrada como direito fundamental no artigo 6º, também se tornou objeto de regulação constitucional de forma mais detida na Seção II (Da Saúde), do capítulo II (Da Seguridade Social), no Título III (Da Ordem Social).

Em resumo, está claro que cabe ao Estado elaborar políticas públicas que reduzam o risco de doenças e outros agravos. E, para isso, nasce o Sistema Único de Saúde, organizado a partir das seguintes diretrizes: descentralização, atendimento integral e participação da comunidade.

2.1.2. Do SUS como Política Pública

Primeiramente, é fundamental esclarecer que política pode ser compreendida como várias atividades desenvolvidas por meio de discussão para conquistar e manter o poder de acordo com ideais que se pretende fazer e aceitar na sociedade.

Já Políticas Públicas, juridicamente, apenas confirmam fins e objetivos anteriormente qualificados pelo ordenamento jurídico como de interesse público, definindo-os como finalidade da atividade administrativa. Já do ponto de vista administrativo, são um conjunto de regras feitas por uma autoridade governamental para influenciar, modificar ou regular o comportamento individual coletivo por meio de sanções.

Nesse discurso, é válido indagar o porquê de algumas questões entrarem na pauta governamental – a agenda – enquanto outras não despertam qualquer atenção. Para formular-se uma política pública, leva-se em conta o problema, as soluções e as pessoas envolvidas direta ou indiretamente no problema.

No caso da saúde, é válido mencionar que o problema possui um marco divisório: o Pré-88 e o Pós-88, tendo em vista que antes da Constituição Cidadã existia um modelo de saúde pública calcado na medicina privada e diretamente curativa – sendo necessário o cidadão adoecer e pagar um profissional a fim de que lhe fosse afastada a moléstia. Com a CF/88, a saúde pública passou a se tornar cada vez mais coletiva e 'pública' – conforme o conceito de políticas públicas supracitado.

Identificado o problema, o próximo passo é a implementação da política pública – que fica a cargo de órgãos públicos especializados já existentes ou criados para esse fim ou por alguém que venha a fazer às vezes do Estado, em nome deste. Assim como é apresentada no artigo 1º da Lei 8.080/90:

Art. 1º - Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado.

A partir do referido item, é perceptível o enfoque no modelo *top-down* de implementação de políticas públicas, segundo Sabatier (1986), em que estas são elaboradas e decididas pela esfera política e que a implementação é mero esforço administrativo linear de encontrar os meios para os fins estabelecidos.

Por fim, há a avaliação da política pública. Nesse momento, constrói-se uma metodologia específica para a sua realização. Com isso, ela é avaliada ou revista e logo em seguida mantida, sucedida ou encerrada. Ora, quem bate às portas do judiciário para obter determinado medicamento ou tratamento o faz porque o Estado lhe nega, de alguma forma, tal prestação. Nesse sentido, é importante destacar que a negativa de prestação não decorre sempre do mesmo fundamento, sendo três hipóteses a serem sublinhadas: a) Há política pública que não é executada; b) A política pública é inadequada; c) Não há política pública definida.

2.1.3. Da operacionalização de uma política pública como o SUS

Para a realização de uma política pública, tal como a do Sistema Único de Saúde, há a necessidade – antes de tudo – de planejamento. Nesse sentido, vale lembrar que planejamento é uma orientação com funções que implicam na formulação de um ou vários planos detalhados com o objetivo de se conseguir um perfeito equilíbrio entre as necessidades e as demandas com os recursos disponíveis.

Dessa concepção permite-se notar a existência de mais de um plano dentro do mesmo planejamento. Isso possibilita detalhar-se a existência de três formas de se planejar, a saber: planejamento estratégico, tático e operacional.

A primeira, a partir dos parâmetros oferecidos por Fishmann e Almeida⁷, permite aprender uma técnica administrativa que analisa o contexto em que seu autor está inserido, interpretando pontos fracos e fortes, como ameaças e oportunidades, estabelecendo a direção que a organização deve seguir. O que está coerente com a necessidade de uma atividade pública de tamanha proporção como é o SUS, no momento em que se adotam mecanismos e ferramentas para se desenvolver processos de forma linear.

A segunda maneira de se planejar é a tática. Esta, de acordo com Chiavenato (2000), abrange só alguns setores da organização, a fim de que eles sejam preparados para se atingir as metas de um departamento. Percebe-se uma descentralização de funções a partir da diagramação desses órgãos ainda mais ramificados.

Por fim, Oliveira (2001) “junta” as formas de planejamento anteriormente citadas e as direciona, por meio de documentos escritos, oriundos dos outros setores, caracterizando o

⁷ Planejamento estratégico na prática. 2ª Ed. São Paulo, 1991.

chamado planejamento operacional. Sendo a forma juridicamente mais segura de se formular planos de ação/de como agir.

Assim, desenvolver de forma planejada e organizada uma política pública é fundamental para se atingir uma grande quantidade de pessoas, sem gastar tanto do orçamento voltado para isso, e injetar dinheiro em locais onde esse exercício preventivo é dispensado. Vale ainda lembrar que no Brasil⁸ o planejamento é determinado no *caput* do artigo 174 da Constituição de 1988 (CF/88) como uma das funções do Estado:

Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Logo, o planejamento é uma ferramenta indispensável para a efetivação das diretrizes que a Lei 8.080/90 determina. Ele permite a racionalização do que se tem e do que se quer de uma maneira que agiliza a atuação do Estado em todas as suas esferas.

Nesse discurso, cabe ainda informar a mestria com que um dos componentes do planejamento se destaca: o orçamento público. Sendo de natureza jurídica meramente formal, ou seja, ele apenas autoriza o que já está previsto, o orçamento contém a estimativa das receitas para realização de despesas da administração pública direta e indireta.

O orçamento brasileiro de qualquer município segue três parâmetros de gestão do Poder Executivo, segundo o artigo 165, incisos I, II e III da CF/88: o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei de Orçamentos Anuais (LOA).

O primeiro, conhecido como PPA, é um plano de médio prazo, no qual se procura ordenar legalmente as ações do governo que levem a atingir as metas e objetivos fixados para o período de quatro anos. Já a LDO norteia a elaboração e fiscalização das leis orçamentárias com o objetivo de compatibilizar o orçamento anual com o planejamento de médio prazo definido no PPA - define metas em termos de programas. Enquanto a Lei de Orçamentos Anuais (LOA) é o orçamento propriamente dito. É a norma que prevê receitas e fixa as despesas públicas, expõe a política econômico-financeira.

Desde a implantação do SUS, os investimentos e as dotações orçamentárias federais destinadas ao Ministério da Saúde, especialmente à política nacional de medicamentos, vem aumentando a cada exercício, conforme tabela ao lado, assim como os repasses aos demais entes da federação integrantes do SUS, previstos no artigo 200 da CF e na Lei 8.080/90.

Ora, os recursos estatais para a efetivação desse direito social são finitos, de modo que a judicialização indiscriminada no fornecimento de medicamentos representa sério risco à organização e ao planejamento das políticas públicas para a área da saúde.

A partir disso, a preocupação dos gestores do SUS com a excessiva judicialização é com o fornecimento de medicamentos e tratamentos não contemplados nas políticas de saúde.

8 É interessante lembrar que "A experiência brasileira de planejamento antes da Constituição de 1988 é marcada por três grandes momentos, dos quais apenas um foi uma experiência bem sucedida. Esses momentos são representados pelo Plano de Metas (1956-1961), pelo Plano Trienal (1962-1963) e pelo II Plano Nacional de Desenvolvimento (1975-1979)" (BERCOVICI. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*, p. 71).

Primeiro porque resulta em ingerência indevida do Poder Judiciário em esfera precípua dos demais poderes do Estado/Administração. Segundo porque cria uma nova modalidade de beneficiários, qual seja, aquele que possuir uma liminar em mãos terá tratamento preferencial. Terceiro porque altera a distribuição de recursos, desviando orçamento destinado a cumprir tratamentos básicos para hipóteses não aparadas pelo planejamento do gestor - forma-se um sistema de saúde paralelo ao SUS, priorizando o atendimento das pessoas que muitas vezes sequer procuraram atendimento junto ao sistema e vão ao judiciário.

3 DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL

Nos últimos anos, as Corte Supremas vêm desempenhando um papel importante na vida institucional de seus países. Acompanhou-se em Israel a Suprema Corte decidir sobre a compatibilidade internacional de construir um muro na fronteira com o território palestino; a validação de planos econômicos de grande escala na Hungria e na Argentina; a preservação de um estado laico ante o avanço do islamismo na Turquia; em 2000, nos Estados Unidos, a última palavra nas eleições presidenciais foi dada pela Suprema Corte no caso Bush vs Gore e no Canadá a Suprema Corte decide pela possibilidade ou não dos EUA fazerem testes com mísseis em solo canadense.

Por fim, o STF no Brasil destaca-se pela importância que tomou em vários setores do país: economia, polícia, ciência, e principalmente na política. Soma-se a isso a transmissão pela TV Justiça direto do julgamento do Plenário da Corte, diferente de vários lugares no mundo, onde as decisões são a portas fechadas. Essa transparência contribui para o controle social e para a democracia.

Entretanto, essa judicialização tem sido tão expressiva hoje em dia que várias pessoas acabam confundindo-a com o ativismo judicial. É compreensível que esse conflito de conceitos ocorra em função da dinamização da massificação das relações sociais. Infelizmente, o Direito, com suas normas rígidas, não consegue acompanhar o referido ritmo dos eventos cotidianos. Então são recorrentes a expressividade de magistrados apegados cada vez mais a princípios em suas decisões.

Ora, os princípios abrem espaço para a subjetividade deixada de lado pelas Leis definidoras do que é permitido, do que é proibido e do que é obrigatório - objetivando a coordenação entre as pessoas. Mas eles não seriam concretos sem as leis. São elementos que se completam (e melhor que hoje seja assim mesmo).

Afinal de contas, não faz muito tempo, as regras já foram aplicadas nua e cruamente, sem uma maior reflexão pelo aplicador, pelo 'juiz boca da lei', na França, e isso mais tarde fomentou o nazismo na Alemanha e alimentou o fascismo na Itália. É claro que se apegar em todos os momentos a princípios não leva objetivamente a lugar algum, porque a aplicação exagerada destes traz uma absoluta insegurança, tratando desigualmente iguais e igualmente desiguais, quase que incentivando a arbitrariedade.

O sensato é uma dose proporcional deles no caso concreto. Notadamente, não foi isso que aconteceu na decisão judicial do dia 27 de agosto de 2014, na qual o Estado do Rio Grande do Norte foi obrigado a empossar 122 policiais. A partir de uma ação interposta pela Associação dos Delegados de Polícia Civil do RN (Adepol/RN), o Governo convocou o restante dos policiais

que concluíram o curso de formação em 2010. Isso foi visto como uma das soluções para o grave déficit de efetivo da polícia investigativa, e acabou por garantir verdadeiros malabarismos econômico-administrativos ao Poder Público.

Paralelamente a esse raro momento de ativismo judicial, estão os R\$ 40 milhões gastos em 2013 com a compra de medicamentos e procedimentos médicos de alto custo oriundos da judicialização, nessa situação da saúde. Segundo a Procuradora do Estado, Dra. Adriana Torquato – responsável pela defesa do governo neste tipo de ação – a Lei Orgânica 8080/90 (Lei do SUS) é clara ao afirmar que as três esferas públicas (federação, estados e municípios) devem garantir, mediante políticas públicas e econômicas, o direito aos serviços básicos de saúde. “Todavia, não é bem isso que acontece. Sem acesso, muitos usuários procuram os meios judiciais para obter assistência médica”, explica.⁹

Notadamente, a Constituição de 1988 (CF/88) é clara ao separar um artigo só para o direito de acesso à saúde, a lembrar:

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

Entretanto, essa meta ‘fantasiosa’ de universalizar o direito ingresso ao sistema de saúde brasileiro esbarra num componente real: o impacto financeiro e o planejamento com os gastos repentinos.

Ora, só no ano de 2011 o estado do Rio Grande do Norte (RN) desembolsou cerca de R\$ 20 milhões de reais com ações judiciais que exigiam a compra de medicamentos e o pagamento de procedimentos médicos de alto custo. Nesse sentido, vale mencionar que o montante de R\$ 15 milhões foi apenas para um paciente, acometido de uma doença que afeta o sistema sanguíneo (Hemoglobinúria Paroxística Nocturna – HPN), para a compra de um único medicamento no tratamento a que se submeteu.

Ao referido caso, somam-se mais de 240 mil processos em andamento nos tribunais com, basicamente, as mesmas causas de pedir e, em geral, tendo como polo passivo o Sistema Único de Saúde (SUS), como consta no Conselho Federal de Medicina. Note-se que o problema não está na prática de ‘judicializar’ uma demanda referente à saúde, afinal de contas, salvaguarda o artigo 5º, inciso XXXV da CF/88, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o problema está no excesso.

Confirma a afirmação anterior o caso em que o juiz Marcos Vinícius, da comarca de Currais Novos/RN, determina em 2013 o bloqueio do pagamento aos veículos de comunicação que transmitem a propaganda do governo até que se regularizasse a situação da saúde no Estado. Segundo o magistrado, embasado no que constatou o Tribunal de Contas do Estado (TCE) 2011, o governo investiu uma média de R\$ 16 milhões em publicidade ante R\$ 11 milhões com saúde. Indubitavelmente, o senhor juiz apenas estava fazendo valer o seu trabalho; no entanto, essa maneira de agir caracteriza um fenômeno temido por vários gestores públicos: o ativismo judicial.

9 <http://www.riograndedonorte.net/rn-gasta-r20-milhoes-ao-ano-com-medicamentos/>

Nesse momento, o juiz assume uma postura ativista por ditar normas individuais (sentenças e acórdãos), impondo políticas públicas e determinando a sua execução pela Administração Pública (distribuição de medicamentos de elevado custo e ofertas de tratamento médico-hospitalares, não previstos nos protocolos, bem como criar leitos, etc.) a qualquer custo!

Em resposta a esse fenômeno e aos casos típicos de judicialização da saúde, em 2010 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) edita a recomendação nº 31, da qual é interessante destacar os seguintes pontos:

Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:
a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;

(...)

b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

(...)

b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência.

É perceptível que o que essa recomendação objetiva decerto fazer é compatibilizar o atendimento à saúde com o princípio da previsão orçamentária – os dois devidamente discriminados na CF/88 (art. 6º, 196, 198, inciso II; e art. 167, inciso II e VI, respectivamente). No entanto, como discutido até o momento, isso gera um confronto já bem conhecido entre os princípios do Mínimo Existencial e o da Reserva do Possível, em que o primeiro é chamado pelo Judiciário para lembrar ao Estado que ele tem o dever de garantir uma quantidade mínima de direitos a fim de que validem a dignidade da pessoa humana, enquanto o segundo é sempre invocado pela Administração Pública para validar a limitação financeira do Estado ante a efetivação de todos os direitos fundamentais sociais.

Cabendo aqui o que o Ilustríssimo Ministro Celso de Mello discorreu no julgamento da ADPF 45, de modo lúcido e adequado, acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos Direitos Fundamentais inseridos no conceito do Mínimo Existencial, nos termos a seguir:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - **ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível** - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

4 DO SUS MEDIADO

A partir de tudo o que foi abordado até o momento, é válido levar-se em conta que se vive em um contexto de recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças. Assim, a efetivação do direito à saúde tornou-se uma das maiores dificuldades à administração jurídica dos direitos fundamentais. Nesse discurso, tem sido uma verdadeira lástima escutar de gestores públicos o seguinte desabafo: - O juiz me mandou internar um paciente imediatamente numa unidade de tratamento intensivo, mas não me disse qual paciente retirar para dar lugar ao novo.

Diante desse quadro e visando reduzir administrativamente a judicialização na área da saúde, o programa SUS Mediado foi lançado em 14 de fevereiro de 2012 e tem garantido a qualquer cidadão, principalmente aos carentes de recursos financeiros, o efetivo acesso a medicamentos ou tratamentos fornecidos pelo Estado. Isso faz com que as ações judiciais se limitem a questões de urgência/emergência e/ou sempre que verificada a impossibilidade de uma resolução extrajudicial da demanda através de um Defensor Público Estadual ou Federal, que proporá, no mesmo dia do atendimento, a ação judicial cabível para resguardo do direito fundamental à saúde do cidadão.

O SUS Mediado é uma prática que propicia a inclusão social do cidadão e o restabelecimento do seu bem-estar pessoal, além de fomentar a educação em direitos através da técnica de mediação de conflitos. Tem como parceiros a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte, a Procuradoria Geral do Estado, a Secretaria de Saúde do Estado, a Defensoria Pública da União, a Procuradoria Geral do Município de Natal e a Secretaria de Saúde do Município de Natal. Com isso, não há custos para nenhum dos integrantes do programa, tendo em vista que os técnicos e procurador-coordenador fazem parte do corpo do programa, que funciona todas as terças-feiras, das 8h às 11h30min, chegando a atender cerca de 30 pessoas por dia.

No programa em tela, mensalmente são realizadas reuniões de avaliação pela equipe que atua no programa. Vale ainda informar que se está criando um protocolo que estabelecerá algumas diretrizes a serem aplicadas durante os atendimentos do “SUS Mediado”. A expectativa é que essas regras possam ajudar a aperfeiçoar o funcionamento do programa, diminuindo as dificuldades de execução em outras cidades, como Mossoró, Caicó e Parnamirim, onde já existem equipes do SUS Mediado.

O coordenador do Núcleo da Defensoria Pública do Estado no Seridó afirmou em entrevista que “o SUS Mediado funciona em Caicó, desde 2014. Ele existe para agilizar tempo e evitar custos. O programa, ele existe justamente para dar agilidade aos procedimentos, seja de medicamentos, de cirurgias, entre outros. A parceria com a Regional é importantíssima”.

Considerando tamanha repercussão, o SUS Mediado – que é um programa pioneiro nessa forma de mediação da saúde no Brasil – ultrapassou as fronteiras do Rio Grande do Norte e está sendo organizado em outras unidades da federação, como é o caso de Rondônia. Nesse estado, o Defensor Público-geral, Antônio Fontoura Coimbra, afirmou estar confiante em obter êxitos com a redução de ações dessa natureza. Afirmou ainda, em entrevista, que para ele “o importante desse trabalho é que o maior beneficiado será o assistido”.

De fato, o programa chama tanta atenção pela efetividade no serviço que foi destaque no Portal da Defensoria Pública do Estado do Piauí, com a recente entrevista dada pela professora Edith Maria Barbosa Ramos, da Universidade Federal do Maranhão, sobre sua pesquisa de judicialização da Saúde no Brasil. “Nós estamos pesquisando no país inteiro. Vamos olhar as peças processuais e analisar os argumentos contidos nesses processos para tentar fazer uma conexão entre o discurso político e o judicial”, explicou a pesquisadora.

Após conhecer o funcionamento do “SUS Mediado”, Edith Ramos se disse surpresa com o funcionamento do programa e apontou que ele pode servir de modelo para outras localidades. “A mediação é um dos principais instrumentos para reduzir a judicialização. Ficamos surpresas com o programa e tenho certeza que ele pode ser uma referência nacional. O RN está à frente dos demais nessa questão da mediação”, afirmou.

Notadamente, os números impressionam. Desde que foi criado, há três anos, o SUS Mediado já resolve 1.904 casos sem a necessidade de judicialização. Com o fortalecimento da defesa judicial, segundo a PGE, o Estado reduziu os gastos com a judicialização da saúde em 40%. Outros estados da Região Nordeste, como os vizinhos Paraíba e Ceará, gastam o dobro e três vezes mais que o Rio Grande do Norte, respectivamente, com demandas judiciais na área da saúde.

Para o Secretário de Estado da Saúde Pública, Luiz Roberto Fonseca, a mediação para encontrar soluções compartilhadas entre os órgãos de controle, que têm o interesse em defender o usuário do SUS e os entes da federação, é importante para criar mecanismos extrajudiciais a fim de que se resolvam conflitos existentes de uma forma rápida e eficiente, sem desgastes físicos e emocionais para os pacientes e a gestão.

5 DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou trazer para a discussão todo o cenário que a Constituição Cidadã instaurou no âmbito da saúde, colocando a Administração Pública e Poder Judiciário frente a frente para abordar pontos relevantes na prestação desse direito positivado como fundamental.

Partindo de uma maior atenção constitucional que é dada aos direitos sociais, agora alçados a Direitos Fundamentais e, portanto, de aplicação imediata, observou-se que a realidade objetiva dos fatos não é tão bem aplicada quanto descreve a Carta de Outubro.

Assim, o aumento na quantidade de questões judicializadas aumentou quase que naturalmente, se não fosse pela expansão de meios esclarecedores de direito, como são a Defensoria Pública, o Ministério Público e a TV Justiça, com destaque para a área da saúde, em função, geralmente, da emergência e urgência com a qual as ações são propostas.

Tamanho destaque fez urgir a necessidade de uma Lei calcada na descentralização, atendimento integral e participação da comunidade para que gerisse toda a atividade da saúde no país, nascendo assim o Sistema Único de Saúde, o maior plano de saúde do mundo.

Mesmo assim, o SUS não deixa de ser uma política pública e como tal merece ser analisada, primordialmente, do ponto de vista da Administração Pública e, em último caso, aos olhos do Poder Judiciário, a fim de que se evite ao máximo o ativismo judicial, que num primeiro

momento é glorificado pelo pleiteante ao ter seu pedido atendido, mas é duramente criticado pelo gestor público, que tem seu planejamento sorrateiramente abalado.

Ora, é sensato observar que as duas partes estão corretas nas suas atitudes; afinal de contas, “todo o ponto de vista é a vista a partir de um ponto”, como diria o teólogo Leonardo Boff. E diante dessa situação, é preciso mediar as partes. Mediar na acepção maior da palavra: ficar no meio mesmo! Como tem feito o SUS Mediado.

O referido programa entende perfeitamente o cenário apresentado porque é constituído por membros das duas partes e atua não para resolver a questão da saúde, mas facilitar, e bastante, o gerenciamento dessa área no que tange à judicialização, fazendo com que todos saiam ganhando.

Assim, é possível considerar que existem formas de amenizar substancialmente um aspecto problemático, bastando que o bem comum guie os objetivos das partes envolvidas nesse caminho que todos seguem, que é a vida.

REFERÊNCIAS

ADEPOL-RN. **Estado Convocará novos policiais em cumprimento de decisão judicial; 122 estão aptos a tomar posse.** Disponível em: <<http://blogdobg.com.br/estado-convocara-novos-policiais-em-cumprimento-de-decisao-judicial/>>. Acesso em: 12 Dez 2014.

ASCOM/DEFENSORIA. **Equipe do programa “O SUS Mediado” se reúne em Caicó.** Portal do Governo do Rio Grande do Norte. Publicado em 12/11/14. Disponível em: <<http://rn.gov.br/Conteudo.asp?TRAN=ITEM&TARG=46188&ACT=null&PAGE=null&PARM=null&LBL=NOTÍCIA>>. Acessado em: 19 mar. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA.** [Syn]Thesis. Rio de Janeiro, vol. 5. Nº 1, 2012. P.23-32.

BEZERRA, Jeanne Karenina Santiago. **O SUS Mediado.** Instituto Inovare. Edição IX – 2012. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/o-sus-mediado/>> Acesso em: 17 mar. 2015.

BOROWSKI, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales.** Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p.33.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 271286.** Agravo Regimental. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000103463&base=baseAcordaos>> Acesso em: 14 fev. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Presidência da República**. 1990.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev e atual. de acordo com a Emenda Constitucional 70/2012 - São Paulo. Saraiva, 2012.

CFM. **Médicos e profissionais do Direito discutem avalanche de ações na Justiça para acesso à saúde**. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22014:medicos-e-profissionais-do-direito-discutem-avalanche-de-acoes-na-justica-para-acesso-a-saude&catid=3>. Acesso em: 22 out. 2014

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**. 6 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CNJ. **Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 25 out. 2014.

CUNHA, Elenice Machado da. **Regra e realidade na constituição do SUS municipal: implementação da NOB 96 em Duque de Caxias**. Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública; 2001. 144 p. Disponível em: <http://portaldesic.iciet.fiocruz.br/transf.php?script=thes_chap&id=00005402&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 14 fev. 2015.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA. **DPE-RO reduzirá judicialização na saúde com mediação**. Publicado em 13/11/2014. Disponível em: <<http://www.defensoria.ro.gov.br/site/index.php/component/content/article/1-ultimas-noticias/677-dpe-ro-reduzira-judicializacao-na-saude-com-mediacao>> Acesso em: 17 mar. 2015

EGITO Marcus, **SUS MEDIADO**, Gabinete. Natal. Disponível em: <<http://www.defensoria.rn.gov.br/Conteudo.asp?TRAN=ITEM&TARG=7195&ACT=null&PAGE=0&PARM=null&LBL=Programas>> Acesso em: 25 out. 2014.

FISCHMANN, Adalberto Américo; ALMEIDA, Martinho Isnard Ribeiro de. **Planejamento estratégico na prática**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1991.

GLOECKNER, Joseane Ledebum. A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde. **A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 233-250, jan/mar. 2013.

JPTN. **CONSTITUIÇÃO DE 88 É CONSIDERADA CIDADÃ, PORQUE?** Jusnavigandi. Fórum. Disponível em: <<http://jus.com.br/forum/52393/constituicao-de-88-e-considerada-cidada-porque>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

JUNIOR, José Agostinho Correia; NUNES, Caio Muniz. **A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA: UM MOVIMENTO DO/NO CONTEMPORÂNEO.** Publicado em 03/05/2011. Judicialização da Vida. Disponível em: <<https://judicializacao-da-vida.wordpress.com/2011/05/03/a-judicializacao-da-vida-um-movimento-dono-contemporaneo/>> Acesso em: 25 jan. 2015.

JÚNIOR, José Carlos Coelho Wasconcellos. A Judicialização de medicamentos e a discricionariedade do poder executivo na gestão pública da saúde. **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia.** n. 35/36, p. 291-305, jan./dez. 2007.

LIMA, Gláucia. **Juiz Marcus Vinícius justifica bloqueios à publicidade do Governo.** Glaucialima. Geral. Campina Grande. Disponível em: <<http://glaucialima.com/juiz-marcus-vinicius-justifica-bloqueios-a-publicidade-do-governo/>>. Acesso em: 25 out 2014.

MARTINS, Gustavo Rocha; SILVA, Raquel Andrade e. Judicialização e Ativismo Judicial. **Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior.** Ano V – Ed. II. Dez. 2013.

MAIA, Louisianne Paskalle Solano. Direitos Fundamentais, Efetividade e Limitações Orçamentárias: uma perspectiva pós-positivista. **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides.** Natal: Saraiva. 2009.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O Ativismo Judicial e o Direito à Saúde.** Ed. 1. Editora Forum. 2011.

NETO, André Perin Schmidt. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.** Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CC0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fseer.uniritter.edu.br%2Findex.php%2Fdireito%2Farticle%2Fdownload%2F252%2F168&ei=DMsGVdzcA6PIsQSuiICgAQ&usg=AFQjCNFBrNINgupc0JxSdL9iDjvLomSoUA&sig2=xrPhzAQIQ_UckNIYky9I_A&bvm=bv.88198703,d.cWc> Acesso em: 15 jan 2015.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças. **Planejamento Estratégico: Conceitos, Metodologia, Práticas.** 15ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2001.

OLIVEIRA, *José Lamunier Moreira de.* **O DIREITO À SAÚDE E O RETROCESSO/REVISÃO DO POSTULADO FUNDAMENTAL DO SER HUMANO: SINTOMAS E HIÂNCIA.** ESMARN. Natal. Revista Direito e Liberdade. v.12, n. 2, p. 143-156 – jul/dez 2010.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro. Economia e saúde no atual constitucionalismo brasileiro. **A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 75-100, jan/mar. 2013.

PORTAL EDUCACIONAL.A “**Constituição Cidadã**”: **sociedade e cidadania em questão**. Disponível em: <<http://www.educacional.com.br/reportagens/20AnosConstituicao/cidada.asp>> Acesso em: 25 jan. 2015.

PORTAL JH. **SUS Mediado é implantado em Parnamirim nesta sexta-feira**. Publicado em 10/10/2011. OJornaldeHOJE. Disponível em: <<http://jornaldehoje.com.br/sus-mediado-e-implantado-em-parnamirim-nesta-sexta-feira/>> Acesso em: 15 mar. 2015.

REZEK, José Francisco.CBEC 25/08 - Ativismo Judicial. UniCEUB - Centro Universitário de Brasília. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=s2B1T3RbEFw>>. Acesso em: 15 Jan 2015.

RIOGRANDEDONORTE. **RN gasta R\$20 milhões ao ano com medicamentos**. Natal. Disponível em: <<http://www.riograndedonorte.net/rn-gasta-r20-milhoes-ao-ano-com-medicamentos/>> Acesso em: 25 out. 2014

ROCHA, Josimar F. **SUS MEDIADO” TEM 40% DE RESOLUTIVIDADE**. Rede HumanizaSUS. Publicado em 03/07/2014. Disponível em: <<http://www.redehumanizasus.net/85299-sus-mediado-tem-40-de-resolutividade>> Acesso em: 15 mar. 2015.

SABATIER, Paul A. Top-down and bottom-up approaches to implementation research: a critical analysis and suggested synthesis. **Journal of Public Policy**, v. 6, n. 1, p.21-48, 1986.

SARRETA, Fernanda de Oliveira. **AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/29k48/pdf/sarreta-9788579830099-04.pdf>> Acesso em: 25 fev 2015.

SECCHI, Leonardo. **POLÍTICAS PÚBLICAS: Conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo. Cengage Learning, 2013.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 285.

STF. Informativo STF N^o 345. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em 10 jan. 2015.

STF. **Repercussão Geral**. Apresentação do Instituto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>> Acesso em: 25 jan. 2015.

TRIBUNA DO NORTE. **Cobrança da dívida foi judicializada.** Publicado em 20/07/2014. Disponível em: <<http://tribunadonorte.com.br/noticia/cobranca-da-divida-foi-judicializada/288210>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

WEBMASTER. **Programa SUS Mediado já resolveu quase dois mil casos no Estado.** GAZETA DO OESTE. Publicado em 12/10/2014. Disponível em: <<http://gazetadooeste.com.br/programa-sus-mediado-ja-resolveu-quase-dois-mil-casos-no-estado/>>. Acesso em 15 mar. 2015.

UMA ANÁLISE ÉTICO/JURÍDICA DOS IMPACTOS DAS GRANDES CORPORAÇÕES NA SOCIEDADE

Cassiene Silvério da Silva¹

RESUMO

Examinam-se, do ponto de vista da ética e da moral, os impactos das grandes corporações sobre a sociedade e sobre os direitos fundamentais. Sintetizam-se os principais objetivos das corporações, enquanto “máquina externalizadora” e como a sociedade vê e se comporta em relação a essas grandes empresas. Aborda-se como, por meio da ética e da “responsabilidade social das empresas”, a sociedade parece garantir uma convivência pacífica com as corporações na medida em que são analisadas as atitudes destas para com a população.

Palavras-Chave: Ética. Direitos Fundamentais. Corporações. Máquina Externalizadora. Responsabilidade Social.

AN ETHICAL/LEGAL ANALYSIS OF THE IMPACTS CAUSED BY GREAT CORPORATIONS ON SOCIETY

ABSTRACT

This paper aims at exploring the impacts of the great corporations over society and human rights from the perspective of ethics and moral. The main goals of corporations, as “externalized machines”, are discussed as well as how the society sees and behaves in relation to these big companies. This study also analyzes how society can guarantee a peaceful coexistence with the corporations, through ethics and “corporate social responsibility”, as well as how the corporations act towards the population.

Keywords: Ethics. Fundamental Rights. Corporations. Externalized Machine. Social Responsibility.

1 INTRODUÇÃO

Nossa hipótese básica é que a soberania tomou nova forma, composta de uma série de organismos nacionais e supranacionais, unidos por uma lógica ou regra única. Esta nova forma global de economia é o que chamamos de Império (HARDT; NEGRI, 2004, p. 12).

Com uma breve análise do meio ao nosso redor, podemos compreender o sentido da epígrafe que abre o presente trabalho: no começo do dia, na mesa do café da manhã, nós nos servimos de diversos produtos das mais variadas marcas; no deslocamento para o trabalho, dirigimos o nosso carro produzido por alguma multinacional de peso no mercado; na hora de abastecer o veículo, vamos ao posto de gasolina cujo combustível é distribuído por alguma empresa petrolífera de alcance internacional; e quando é a despensa de nossas casas que precisamos abastecer, procuramos o supermercado mais próximo, sendo ele geralmente franquia de alguma grande

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: cassienesilverio@gmail.com

multinacional; na hora de pagarmos as compras com o cartão de crédito, temos mais grandes nomes de empresas por trás dos bancos, dos softwares e das máquinas eletrônicas, que possibilitam a operação; as idas ao *shopping*, aos *fast-foods*, ao cinema, às compras de roupas, sapatos, utensílios domésticos, também envolvem contato com empresas e grandes marcas.

São essas grandes empresas que estão presentes no nosso cotidiano nas mais diversas formas que chamamos de corporações. E para entendermos a força que elas possuem nas relações econômicas mundiais, podemos inicialmente observar que das 175 maiores entidades financeiras do mundo em 2011, 112 eram empresas², e 8 delas estavam entre as 50 maiores entidades. Individualmente, a Shell, a Exxon Mobil e a rede de departamentos Walmart possuem receitas maiores que o Produto Interno Bruto (PIB) de 110 países do mundo³. Como afirma Oliveira (2013, p.3):

É inegável o poder econômico das empresas, maior do que o de muitos países. Isso lhes dá um poder fenomenal em todos os níveis: local, nacional ou global. Suas decisões, além dos impactos econômicos, têm impactos sociais, ambientais e políticos, que não podem ser ignorados pela sociedade.

Diante dessa questão, e antes de adentrar no tema propriamente dito, não devemos nos furtar à obrigação de um breve comentário sobre o instrumento de análise do presente trabalho. É então que nos abrigamos na ética como elemento superior da discussão, não em uma ética apenas de pautas de condutas e restrição sociais vigentes em determinado grupo que, como diria Savater (2000, p.28), “não pode ser infringida sem se arriscar ao ostracismo, [apesar de ser elemento de composição de nossa investigação], mas sim de uma ética superior como desenvolvimento do intelecto humano.” E somente quando nos elevamos a um plano superior é que podemos vislumbrar, conforme acentua o supracitado autor (2000, p.28), “uma proposta de vida de acordo com valores universalizáveis, interiorizada, individual e que em seu plano não admite outro motivo nem sanção além do ditame racional da vontade do sujeito.” A nossa inquietação, como vontade, está suportada nessa assertiva e nos levará a investigar as grandes corporações, fazendo uma análise do ponto de vista ético e jurídico dos seus impactos na sociedade.

Começamos, então, pela definição de ética: ciência definida como ações pautadas no conhecimento, possuindo como objeto de estudo os questionamentos das premissas morais que motivam as condutas e os comportamentos humanos. Como afirma Vázquez (2010, p.23), “A ética é a ciência da moral [e suas proposições] devem ter o mesmo rigor, a mesma coerência e fundamentação das proposições científicas.” Portanto, pode-se dizer que a ética é um antídoto para os impulsos e para os fatores externos que tentam condicionar nossas ações. Ela nos permite sair do meio e analisar o ato moral externamente.

A moral, de acordo com o mesmo autor, “é um sistema de normas, princípios e valores, segundo o qual são regulamentadas as relações mútuas entre os indivíduos ou entre estes e a comunidade” (2010, p.84). Ainda assim, o conceito do objeto de estudo da ética pode ir além,

2 Ver <http://dstevenwhite.com/2012/08/11/the-top-175-global-economic-entities-2011/> (Acesso em: 24/10/2014).

3 Idem.

definindo-se por um conjunto de forças em conflito, não apenas entre os diversos grupos sociais, mas também dentro do próprio ser humano.

É tratando desse conjunto de normas, princípios e valores que regulam as relações dos indivíduos, que se chega aos Direitos Fundamentais os quais, segundo Marmelstein (2008, p.20),

São normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Ou seja, além de serem normas constitucionais, estabelecendo-se assim sua supremacia formal e material, os Direitos Fundamentais representam todo um “sistema de valores” cuja força afeta diretamente a interpretação das normas jurídicas.

É fato que a noção de Direitos Fundamentais está se expandindo pelo mundo, pois é cada vez maior o número de países que vem reconhecendo-os como valores básicos de grande importância para uma vida digna em sociedade. Todavia, tem-se identificado elementos que ameçam esse processo.

Um desses fatores é a globalização, cujo impacto econômico se faz por meio da diminuição das fronteiras espaciais e pelo estímulo a fortes competições na conquista de novos mercados consumidores. Em razão disso, o capitalismo e, por consequência, as corporações, muitas vezes pressionam os países pela flexibilização dos Direitos Fundamentais do cidadão, visando aumentar sua lucratividade. É seguindo esse raciocínio que muitos economistas criticam a intervenção estatal no mercado, seja com o estabelecimento de legislação do salário mínimo, por exemplo, ou com a regulamentação das horas de trabalho, entre outras medidas que eles chamam, segundo Chang (2013, p.54), de “barreiras artificiais”, impostas ao ingresso no mercado de trabalho. Quando, na verdade, tais medidas visam garantir Direitos Fundamentais, condições dignas de vida e a diminuição da desigualdade, que é um dos fenômenos fomentados pelo capitalismo.

2 AS CORPORAÇÕES

2.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE AS CORPORAÇÕES

Antes de nos aprofundarmos no assunto, precisamos definir o que vem a ser essas grandes corporações, símbolos do capitalismo moderno. Conforme exposto no documentário *The Corporation* (2003), a corporação representa um paradoxo: “uma instituição que cria muitas riquezas, mas que causa enormes e bem escondidos danos.” Elas são criações artificiais, formadas por um grupo de pessoas que trabalham controlando um negócio em conjunto, tendo a obtenção máxima de lucro como o seu objetivo principal. Seu surgimento se deu na Inglaterra da Era Industrial, em 1712, com uma bomba a vapor para as minas de carvão, aumentando consideravelmente a produtividade por hora.

Vale registrar que no início as corporações eram apenas grupos licenciados pelo Estado para realizarem uma determinada atividade, seguindo certas regras impostas pelo governo.

Então passaram a ser reconhecidas como pessoas jurídicas sob os olhos da lei. Operando agora legalmente como uma pessoa individual, sendo titular de diversos direitos que antes eram apenas do cidadão comum, incluindo, mais tarde, nesse rol, os Direitos Fundamentais compatíveis com a sua natureza, passam a poder comprar e vender propriedades, emprestar dinheiro, gerenciar um negócio, processar e serem processadas.

Há quase duzentos anos, as corporações eram instituições relativamente insignificantes. Hoje possuem um papel de destaque e de grande influência na sociedade, como a igreja, a monarquia e o partido comunista possuíram em outras épocas e em diferentes lugares.

No caso do Brasil, por exemplo, o Direito também concedeu a essas empresas as prerrogativas elencadas no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, artigo este que está justamente dentro do Título que versa sobre os Direitos e Garantias Fundamentais.

Assim, pode-se inferir que as corporações passaram a ser membros da nossa sociedade. E, de fato, elas estão presentes no nosso cotidiano e construíram uma imagem que faz uma conexão com a ideia de intimidade, sentida pelo consumidor. Essa conexão é feita pela forma como a empresa se projeta socialmente, ou seja, por meio do marketing, do “processo de sedução” envolvido na venda de seus produtos. É essa conexão entre produto e consumidor que cria uma imagem positiva da corporação, como se ela estivesse entre nós apenas para nos trazer benefícios.

Pois bem, tendo adquirido os direitos legais e o amparo legal de uma pessoa física, surgem as perguntas: Que tipo de “pessoa” é uma corporação? Onde fica a questão da consciência moral nos seus atos? Quem faz a ponderação de seus atos e os impactos que estes geram no meio ao seu redor?

É fato que a maior parte das corporações se apoiam no discurso neoliberal, defendendo o mínimo de intervenção estatal e o máximo de liberdade no mercado financeiro para dar suporte aos seus atos e ampliar mercados, mas de que forma isso pode afetar direitos básicos do cidadão a ponto de gerar instabilidades e crises sociais?

2.2 O ESPÍRITO DA CORPORACÃO

A corporação tem como pilar de sua estrutura o capitalismo, uma vez que ela possui como objetivo principal maximizar lucros. E essa maximização se tornou mais notável com a globalização, definida, segundo Oliveira (2013, p.63), como “o fenômeno do aumento de fluxo de capitais, bens, pessoas e informações entre fronteira de países” e que se harmoniza com um outro forte objetivo de uma corporação: compartilhar o mercado.

É em razão desses dois objetivos principais que economistas e agentes de corporações defendem a ideologia do Livre Mercado, ou seja, a não interferência estatal nas relações comerciais, como explica Chang (2013, p. 21/178). Eles alegam que:

[...]quando o governo interfere para impor o que os participantes do mercado podem ou não podem fazer, os recursos são impossibilitados de circular para a sua utilização mais eficaz. Se as pessoas não podem fazer coisas que consideram mais lucrativas, elas perdem o incentivo de investir. [...] quando o governo tenta contrariar a lógica do mercado e promover indústrias que estão além dos recursos e da capacidade de seu país, os resultados são desastrosos.

Em contraponto com o pensamento defendido pelas grandes empresas, citamos Chauí, que observa: “O Estado constitui a unidade final. Ele sintetiza numa realidade coletiva a totalidade dos interesses individuais, familiares, sociais, privados e públicos.” (2012, p.53).

Assim, é preciso ponderar sobre o que defendem as corporações, e por isso é importante saber o que as movimenta, pois enquanto elas, por priorizarem interesses de grupos particulares, defendem o livre mercado, visando à maximização dos lucros, as instituições públicas não existem com esse fim, o lucro não é o objetivo, uma vez que elas estão representando os interesses da sociedade, conforme explicou Chauí anteriormente. É por essa razão que elas podem até mesmo trabalhar com rendimento negativo, se isso gerar benefícios para a população, inclusive mantendo os empregados. Uma empresa privada não pode praticar tal ação, pois não gera dinheiro e, por conseguinte, quebraria economicamente.

Outro ponto importante na ideia defendida pelos empresários é que a concepção de que em um mercado livre todos os participantes sabem o que estão fazendo a ponto dos recursos circularem automaticamente por todos, passa pelo pressuposto de que todos os participantes desse mercado são racionais, sabendo sempre o que é melhor para cada um. Todavia, cair em uma generalização pode nos levar a uma falácia, como bem afirmar Chang (2013, p.232):

As pessoas não sabem necessariamente o que estão fazendo, porque a nossa capacidade de compreender até mesmo questões que dizem respeito diretamente a nós é limitada. [...] O mundo é muito complexo e a nossa capacidade de lidar com ele é fortemente limitada. [...] Por conseguinte, precisamos deliberadamente restringir a nossa liberdade de escolha a fim de reduzir a complexidade dos problemas que temos que enfrentar, e geralmente o fazemos.

É exatamente nesse sentido que entra a interferência e regulamentação do governo, como forma de limitar nossas escolhas para reduzir o risco de fracasso na economia, como exemplo: restringir quem pode participar dos mercados, o que pode ser negociado, regulamentar os preços, estabelecer uma legislação para o salário mínimo. Obviamente que não podemos chegar ao outro extremo, ou seja, presumir a interferência estatal de todas as formas a ponto de se ter um mercado “não livre”, pois este poderia entrar com equívocos cometidos pelo governo.

Uma inferência que se pode fazer dessa análise é que a ideia de um livre mercado racional e objetivo é utópica, e quando as corporações defendem o contrário, disfarçando tal pensamento como uma verdade econômica objetiva, elas estão tão politicamente motivadas quanto os grupos que defendem a intervenção estatal. Sobre esse assunto ainda discutiremos mais à frente.

3 EXTERNALIDADE

Pela ideologia seguida pelas corporações, tem-se a falsa noção de que as estas possuem obrigações apenas para com elas próprias de crescerem e serem lucrativas, ainda que para tanto precisem “externalizar” os efeitos de suas decisões e atos.

Milton Friedman, um dos grandes nomes do liberalismo econômico do século XX, explica (The Corporation, 2003) que externalidade representa “o efeito da transação de duas pessoas sobre outra

que não consentiu ou não participou da transação. E existem sérios problemas nessa área. Não há dúvidas sobre isso.” Uma corporação é pressionada para mostrar resultados imediatos e *externalizar* qualquer custo que se permita que seja externalizado, não havendo espaço para ponderação de valor.

Para aclarar os argumentos, tomemos como exemplo a Companhia Monsanto (citada no documentário *The Corporation*, 2003): na segunda metade do século XX, a empresa garantiu que o hormônio artificial utilizado nas vacas leiteiras dos Estados Unidos para aumentar a produção de leite, e conseqüentemente gerar maior lucro, não causava nenhum efeito colateral no animal e muito menos no ser humano.⁴ Na época, a Monsanto afirmou que não havia provas de efeitos nocivos do hormônio e que eles não utilizavam antibiótico. Posteriormente, foram constatados os problemas. Uma análise independente da droga concluiu que o hormônio causava dor e sofrimento desnecessários ao animal, por causa de infecções no úbere, chamadas de mastite. Essas infecções, por consequência, contaminavam o leite com bactérias. Em razão disso, as vacas passaram a receber antibióticos e, conseqüentemente, as pessoas, por meio da ingestão do leite e da carne do animal, estavam consumindo indevidamente o medicamento, o que acabou por gerar doenças, inclusive câncer de mama e de colo, e bactérias resistentes aos antibióticos. Nocivo para a vaca e mais nocivo ainda para o consumidor.⁵

Quando os consumidores descobriram que a própria empresa já tinha conhecimento dos efeitos nocivos do hormônio, ainda na década de 90, deixaram de comprar o leite e passaram a buscar o produto sem a substância. Diante dessa situação, outros produtores começaram a vender leite sem hormônio, apresentando uma etiqueta no produto que informava ausência do hormônio BST. Todavia, a FDA (*Food and Drug Administration*)⁶ notificou esses produtores de que tal informação presente na embalagem do leite não era permitida, afirmando não haver diferenças significativas entre o leite sem hormônio e o leite com hormônio. Ainda assim, a Monsanto foi acusada pelo setor leiteiro dos EUA de ocultar e tentar trivializar os efeitos nocivos causados pelo hormônio BST.

Outro caso, ainda envolvendo a empresa Monsanto, foi o das áreas desflorestadas do Vietnã pelos EUA, no período de 1961 a 1971. O produto químico utilizado, mais conhecido como “Agente Laranja”, que resultou em milhares de casos de câncer e de defeitos de nascença em vietnamitas e em soldados americanos, era fabricado pela Monsanto Company. Entretanto, as vítimas do Vietnã não tiveram um resultado positivo da justiça, ao contrário dos soldados americanos, que entraram em acordo com a empresa e receberam indenização.⁷ Ainda assim, a Monsanto jamais admitiu a culpa, dizendo apenas, como consta em seu endereço eletrônico, que:

O Supremo Tribunal concordou que as empresas não eram responsáveis pelas implicações do uso militar do Agente Laranja no Vietnã porque os fabricantes eram prestadores de serviços do governo e seguiam as instruções do governo. [...] Acreditamos que as consequências adversas alegadas como sendo resultantes da Guerra do Vietnã, incluindo o uso do Agente Laranja, devem ser resolvidas pelos governos envolvidos.⁸

4 O hormônio artificial era um hormônio recombinante do crescimento, BGH, ou, em inglês, Bovine Somatotropine, BST, mais conhecido como Polysac (*The Corporation*, 2003).

5 Disponível em: <<http://www.agrisustentavel.com/trans/crisanto.htm>> (Acesso em: 03/10/2012).

6 A FDA é uma agência do Departamento de Saúde e Serviços Humanos do EUA que supervisiona produtos médicos, tabaco e alimentos. Disponível em: <www.fda.gov/aboutfda> (acesso em: 23/10/2014).

7 Disponível em: <<http://www.consciencia.net/2005/mes/06/vietnaeua-impunidade.html>> (Acesso em: 03/10/2012).

8 www.monsanto.com.br/institucional/para_sua_informacao/agente-laranja.asp (acessado em 03/10/12).

Sendo assim, usando as palavras do documentário (The Corporation, 2003), chegamos ao seguinte entendimento: “Uma corporação é uma máquina *externalizadora*. Cada uma é projetada com eficiência para realizar determinados objetivos.” E para alcançar esses objetivos, ela externaliza qualquer custo, o que muitas vezes acaba por implicar na subtração de direitos e em impactos sociais e ambientais negativos.

4 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A razão para a criação dos Direitos Fundamentais foi a necessidade de se ter um instrumento de proteção dos indivíduos contra a opressão estatal. É o que se chama de eficácia vertical dos Direitos Fundamentais, e representa uma relação assimétrica de poder, uma vez que entre Estado e indivíduo, este é o sujeito mais fraco.

Contudo, tem-se hoje entendido que o âmbito de alcance dos Direitos Fundamentais abrange também as relações envolvendo particulares. A esse respeito, corrobora Marmelstein (2008, p.334):

Atualmente, onde cada vez é mais aceita a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tem-se reconhecido que os valores contidos nesses direitos projetam-se também nas relações entre particulares, até porque os agentes privados – especialmente aqueles detentores de poder social e econômico – são potencialmente capazes de causar danos efetivos aos princípios constitucionais e podem oprimir tanto ou até mais do que o Estado.

Diante dessa afirmação e pelo que foi exposto no capítulo anterior, fazendo as corporações parte da sociedade e sendo as mesmas agentes *externalizadores* de seus custos, podemos afirmar que elas podem cometer violações aos mais básicos direitos do ser humano. É nesse ponto que se fala em eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, em que estes deixam de ser apenas ferramentas que protegem o indivíduo do Estado, convertendo-se em um sistema de valores que, centrado na dignidade da pessoa humana, estrutura toda a sociedade. Os Direitos Fundamentais possuem um “efeito irradiante” sobre todo o ordenamento jurídico.

Um dos motivos para se pensar na eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais se deu justamente pelo poder que exercem essas corporações, além de que “a atividade além-fronteiras desempenhada por essas companhias geralmente as põe fora do alcance da jurisdição do país em que estão sediadas” (ZANITELLI, 2011, p.2) e mesmo quando o judiciário as alcança, corre-se o risco dessas multinacionais terem forte influência sobre o governo local. É em razão disso que é necessária a existência de normas positivadas no Direito Internacional, que tenham como base valores ligados à dignidade da pessoa humana e à limitação do poder.

5 RESPONSABILIDADE SOCIAL

Milton Friedman, citado em Oliveira (2013, p.52) afirmava que “a única responsabilidade social das empresas era gerar lucro para seus acionistas, dentro das regras da sociedade (leis)”. Todavia, esse pensamento partia do pressuposto de que os recursos e efeitos benéficos do livre

mercado gerados para as empresas e os acionistas circulariam automaticamente por toda a sociedade. Um pressuposto um tanto ingênuo, até mesmo porque no início as corporações foram criadas para considerar apenas seus proprietários e acionistas (chamados *stockholders*). Na verdade, essa ideia de livre mercado é falsa, como afirma Chang (2013, p. 22-24):

A alegação habitual dos economistas que defendem o livre mercado de que eles estão tentando defender o mercado contra a interferência politicamente motivada do governo é falsa. O governo está sempre envolvido e esses adeptos do livre mercado estão tão politicamente motivados quanto qualquer pessoa. Superar o mito de que existe algo como um 'livre mercado' objetivamente definido é o primeiro passo na direção de entender o capitalismo. [...] Assim como muitas pessoas, quando criança eu era fascinado pelos mestres de kung Fu dos filmes [e] fiquei amargamente desapontado quando descobri que aqueles mestres na verdade estavam pendurados em cordas de piano. O livre mercado é um pouco assim. Aceitamos de um modo tão completo a legitimidade de certas regulamentações, que simplesmente não as enxergamos. Quando examinamos atentamente os mercados, verificamos que eles são sustentados por regras – por um grande número delas. [Exemplo:] As restrições com relação ao que pode ser negociado [...]; restrições a respeito de quem pode participar dos mercados [...], a regulamentação dos preços.

Portanto, podemos observar que todo mercado leva em conta algumas regras e limites que restringem a liberdade total de escolha. A ideia objetiva de um livre mercado é ilusória, porque cada um pode entender o mercado como tendo um certo grau de liberdade, mas não se tem o valor exato de quanto deve ser esse grau. Ele é entendido de forma diferente quando mudamos de uma pessoa para outra, de um grupo para outro, de uma sociedade para outra, pois cada um destes irá considerar seus interesses na hora de estabelecer o quão livre deve ser o mercado. Exatamente por isso que Chang fala em um mercado politicamente motivado. Dessa forma, não importa o grau de liberdade conferido a ele, pois sempre existirá um mínimo de regulamentação que o sustente, que passe a fazer parte do mercado e acabe por se tornar invisível. Dentre essas regras, podemos citar as restrições ao que pode ser negociado, como a proibição de drogas narcóticas, ou o fato de medicamentos precisarem ser licenciados pelo governo antes de serem comercializados; as restrições de quem pode participar do mercado, como por exemplo, a proibição da mão de obra infantil, ou o fato de muitos países estabelecerem um mínimo de capital necessário para que empresas fundem bancos.

Assim, ao longo do século XX, começou-se a levar em conta, além dos acionistas, os fornecedores e os clientes, admitindo-se que existia uma relação entre estes e a corporação. Com as mudanças no cenário mundial, surgem diversos grupos com interesses nas repercussões sociais e ambientais das atividades desenvolvidas pelas empresas, e isso força uma transição da visão tradicional de gestão corporativa, que visava apenas o desempenho econômico-financeiro, para uma visão que abrangesse todas as partes, as que geram impactos sobre as corporações e as que sofrem impactos destas.

Hoje se reconhece que as decisões tomadas pelas empresas envolvem o uso de recursos materiais, naturais, humanos, sociais e do próprio capital. Por conseguinte, a postura socioambiental da empresa se tornou algo importante, sendo inclusive utilizada pelos investidores. Em razão disso,

surge o termo Responsabilidade Social, também chamado de Responsabilidade Social da Empresa, ou Responsabilidade Social Corporativa, ou ainda Cidadania Corporativa. Muitas pessoas associam esse termo às atividades filantrópicas realizadas pelas empresas. O fato é que essas atividades filantrópicas podem estar dentro das ações de Responsabilidade Social da empresa, mas tal responsabilidade representa um universo muito maior, como exemplifica Oliveira (2013, p.53):

Se uma empresa pratica a ação social, como ajudar na construção de um centro médico em comunidade próxima, mas ao mesmo tempo polui o meio ambiente ou trata mal seus empregados, essa ação social não poderia significar que a empresa age com responsabilidade social.

Para podermos considerar que uma empresa age com Responsabilidade Social, devemos analisar se ela segue a legislação da comunidade na qual está inserida, quais os impactos que sua atividade causa no ambiente e na sociedade, se busca a transparência em suas ações e como é sua relação com os *stakeholders*⁹, que, segundo Oliveira (2013, p.54),

São quaisquer organizações ou indivíduos legitimamente interessados nas ações da empresa, como empregados, acionistas, governos, organizações não governamentais (ONGs), comunidades afetadas, fornecedores e clientes. Como partes interessadas na ação empresarial, os *stakeholders* têm expectativas e demandas quanto ao comportamento da empresa diante das questões ambientais e sociais. O contínuo dessa comunicação entre empresa e *stakeholders*, se feita de forma apropriada, vai criando um ambiente de confiança entre eles, fazendo com que a empresa tenha maior legitimidade ante os *stakeholders* para que seja considerada socialmente responsável.

Quando falamos de *stakeholders*, temos que ter em mente todos os indivíduos que estão no meio da cadeia de eventos, possuindo relação com as atividades da empresa, e que são de alguma forma afetados por ela, indo muito além, portanto, da ideia abstrata de que toda a sociedade é uma parte interessada. É um conceito que se harmoniza com o sistema democrático e seus valores, na medida em que defende a participação e a interferência dos grupos interessados, abrangendo desde os trabalhadores da empresa até a comunidade na qual a corporação está inserida. Portanto, podemos dizer que uma empresa que age com responsabilidade social é aquela que gerencia os seus impactos na sociedade, considerando sempre as consequências externas que suas atividades podem gerar.

Dessa forma, considerando o significado de Ética que foi exposto no início deste artigo e transpondo-o para o meio corporativista, podemos afirmar que essa ciência tem um papel fundamental no contexto da Responsabilidade Social. Vejamos: é fato que uma multinacional não é capaz de pensar e deliberar, todavia ela é formada por um grupo de pessoas que possui essa capacidade, de tal forma que suas ações em nome da empresa podem ser analisadas, questionadas e julgadas do ponto de vista ético pela sociedade.

9 Marmelstein (2008, p. 361) também fala sobre o significado dos *stakeholders*, mas de uma forma geral: termo bastante utilizado pelos administradores de empresas, são todos os indivíduos ou grupos de indivíduos que podem afetar ou que são afetados pela tomada de determinada decisão. No âmbito do direito processual, esse tipo de participação ocorre através do *amicus curiae*, um colaborador informal do processo, contribuindo para a formação e descoberta da decisão judicial mais justa ao caso.

Conforme explicado anteriormente, a Ética é um antídoto para os impulsos e fatores externos que tentam condicionar nossas ações. Ora, diante do que já foi exposto até a presente seção, é visível que as corporações são instituições que condicionam de diversas formas as ações e o rumo das sociedades com as quais entram em contato. Por isso, a Ética pode ser um instrumento importantíssimo para a garantia dos Direitos Fundamentais dos indivíduos que interagem com uma corporação e que por ela são afetados de alguma maneira. Isso é possível na medida em que, através dessa ciência, os empregados, governos, clientes, enfim, os *stakeholders* em geral, podem questionar as ações da empresa e cobrar dela decisões e atividades pautadas no conceito de Responsabilidade Social.

Contudo, para esse processo se tornar válido e eficiente e os *stakeholders* poderem se beneficiar das medidas corporativistas é preciso que haja uma interação entre corporação e interessados nas tomadas de decisões e uma transparência nos resultados dessas decisões. Pois é assim, por meio dessa interação, que a empresa pode ganhar legitimidade perante uma sociedade. “Entendendo a moral (normas e costumes) dos diversos grupos, a empresa pode basear a ética de suas ações para se adequar às morais dos diversos grupos” (OLIVEIRA, 2013, p.76).

Por isso, esse seria um sistema mais harmônico com a democracia, uma vez que, nele, o que uma corporação irá estabelecer como certo não pode ser apenas a obtenção de lucro máximo de seus gestores, o que é certo deverá ser definido a partir de um processo de comunicação entre as partes interessadas e que de algum modo são afetadas pela empresa.

6 O CASO SHELL EM VILA CARIOCA

Um caso prático que possibilita a visualização de toda a análise feita até aqui é o que envolve o bairro Vila Carioca e a empresa Shell, multinacional de origem holandesa, que declara em seu endereço eletrônico:

Como uma empresa global de energia nós estabelecemos padrões elevados de desempenho e comportamentos éticos. Somos julgados pelo modo como agimos - a nossa reputação é confirmada pelo modo como vivemos para os nossos valores fundamentais de honestidade, integridade e respeito pelas pessoas. Os Princípios Gerais de Negócios, o Código de Conduta e o Código de Ética ajudam a todos na Shell a agir conforme esses valores e cumprir todos os regulamentos e legislação pertinentes.¹⁰

Vejamos: em 1993, acusações foram feitas pelo grupo ambientalista *Greenpeace* e pelo Sindicato dos Trabalhadores no Comércio e Derivados de Petróleo de São Paulo (Sinpetrol), perante a justiça brasileira, contra a Shell, afirmando que os resíduos provenientes das atividades da empresa na região da Vila Carioca estavam poluindo a área e comprometendo a saúde de cerca de 30 mil moradores.¹¹

10 Em <<http://www.shell.com/global/aboutshell/who-we-are/our-values.html>> (acesso em: 20/10/2014)

11 Segundo a Promotoria do Meio Ambiente de São Paulo, Folha de São Paulo de 20/04/2002, em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2004200201.htm>> (acesso em: 20/10/2014)

A Vila Carioca é um bairro da zona sul de São Paulo, no qual a Shell se encontra instalada desde 1951. No início, a localidade era basicamente uma área industrial, e a empresa possuía apenas um tanque de armazenamento e um terminal no local. Com o crescimento da cidade, a região se expandiu com a consequente junção entre área industrial e área residencial, sem o devido planejamento.

[A Shell] trabalhava em setores de distribuição de combustível, produção de lubrificante e químicos, e, mais recentemente, extração e exploração de petróleo. Seu lucro em 2006 foi de mais de US\$ 25 bilhões. A companhia oferecia, em 2005, 2.130 empregos diretos e aproximadamente 60 mil indiretos [...]. É uma das maiores distribuidoras de combustível privado do país, e contava com aproximadamente 20% do mercado em 2005. Tem atualmente uma rede de 3 mil postos de gasolina pelo país. Em Vila Carioca, a Shell dispunha de um terminal de distribuição com capacidade para 50 milhões de litros, e também de uma planta de pesticidas até os anos 1970. Em 2002, apenas 165 empregados trabalhavam no terminal [...] (OLIVEIRA, 2013, p.45).

A empresa modificou as suas instalações ao longo dos anos e desde a década de 50 vinha despejando grandes quantidades de resíduos no solo. Ela alegou ter seguido a legislação vigente à época. O que ocorre é que a maioria do material foi despejado antes das novas leis ambientais.

Pois bem, o órgão que ficou responsável para apurar o caso foi a Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental (CETESB), que acabou não tomando medidas efetivas para a solução do problema, de tal forma que a prefeitura de São Paulo entrou oficialmente no caso, autuando a Shell por poluição, e a CETESB por negligência na exigência do cumprimento das leis ambientais, pois “a proposta e as ações de controle da empresa Shell limitam-se a remover focos de disposição de resíduos perigosos, deixando o decaimento dos poluentes presentes nas águas subterrâneas por conta da natureza.”¹²

A Prefeitura declarou em março de 2003 que um espaço de 180.000 m² ao redor da propriedade da Shell no bairro, incluindo solo, ar e água, estava comprometido pela contaminação por poluentes tóxicos, incluindo até mesmo metais pesados (como benzeno, tolueno, xileno, etilbenzeno e chumbo)¹³. “Os resíduos da parte interna dos tanques de gasolina foram simplesmente despejados no solo durante várias décadas até os anos de 1970” (OLIVEIRA, 2013, p.45). E isso estava de acordo com os procedimentos-padrão mundiais da época.

A contaminação comprometeu inclusive os lençóis freáticos e poços da região. Em um deles, cuja água era utilizada para consumo humano, “o nível de Dieldrin (um dos POPs)¹⁴ na água era 0,327 micrograma por litro, mais de 100 vezes o limite permitido de 0,03 micrograma por litro”

12 Relatório do engenheiro Élio Lopes dos Santos, especialista do Ministério Público, citado na Folha de São Paulo de 20/04/2002. Ver <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2004200201.htm>> (Acesso em: 23/10/2014).

13 Chamam-se metais pesados os elementos metálicos com densidades moderadamente altas. Esses elementos causam uma série de problemas para a saúde quando entram em contato com o corpo humano, como má formação do feto, doenças no sistema nervoso e má funcionamento dos rins. Ver <<http://www.lenntech.com/processes/heavy/heavy-metals/heavy-metals.htm>> (Acesso em: 24/10/2014).

14 “POPs” significa Poluentes Orgânicos Persistentes, entre eles está o Dieldrin, que foi muito usado como pesticida na agricultura; todavia, por ter efeitos tóxicos foi recomendada a sua retirada da agricultura pela Convenção da ONU de Estocolmo em 2000. Entre os problemas que pode causar, têm-se: câncer; bloqueio de hormônios sexuais e efeitos negativos nas enzimas que controlam as reações bioquímicas do organismo. Ver <<http://www.ecologiamedica.net/2010/09/poluentes-organicos-persistentes-pops-e.html>> (Acesso em: 24/10/2014).

(OLIVEIRA, 2013, p.44). Apesar disso, e da avaliação da promotoria afirmando que cerca de 30 mil pessoas poderiam ter sido contaminadas, os moradores da região garantem que não tinham sido informados do problema¹⁵ e que desde o começo das acusações contra a Shell, na década de 90, nenhuma assistência lhes foi dada por parte das autoridades públicas e da própria empresa poluente. Ou seja, apesar de a empresa afirmar que agia sempre de modo transparente, seguindo um código de ética e respeitando as pessoas e as legislações do meio social no qual estava inserida, conforme depoimento no início deste capítulo, até então, em 2002, a Shell ainda não mantinha comunicação com os *stakeholders*, não havia participação e interferência dos grupos interessados, a saber, os empregados da corporação, o governo e a própria comunidade que cresceu ao redor da empresa.

Isso acabou por gerar preocupação e instabilidade entre os moradores da região, eles temiam as consequências que o problema poderia trazer para a saúde, como epidemias, temiam a desvalorização de seus imóveis e temiam, até mesmo, o abandono do bairro pela Shell, pois muitos eram empregados da empresa, e esta gerava renda para a região.

Foi então que, a partir de 2002, a empresa começou a interagir com a comunidade, tomando diversas decisões em uma tentativa de diminuir o problema, entre elas a incineração do solo contaminado e o investimento em estudos relacionados à questão. Apesar disso, o Sinpetrol continuava afirmando que a Shell tinha a responsabilidade de impedir a dispersão dos resíduos para as áreas residenciais e que o terreno contaminado da empresa deveria ser cercado e isolado.

O ponto mais relevante da questão é que mesmo a Shell tendo aberto espaço para interagir com a população da Vila Carioca tal atitude foi tardia e aconteceu apenas por meio de ações cujo propósito era minimizar o problema. No mais, a Shell se manteve em silêncio, pois não queria ser responsabilizada por todo o ocorrido. Na época, uma clínica particular chegou a fazer, voluntariamente, exames entre alguns moradores do bairro. De 28 pessoas examinadas, 9 estavam contaminadas, sendo 4 dessas em um estágio alto de contaminação. Todavia, o exame não foi aceito pela Shell e nem pela CETESB, pois alegavam que o procedimento utilizado para a sua realização era inadequado. A própria Shell, tendo feito estudos de impacto de riscos, declarava que não oferecia exames para a população da Vila Carioca porque isso seria de responsabilidade das autoridades públicas, ou seja, do Estado.

Ora, aqui temos uma corporação, uma instituição que defende o livre mercado, conforme exposto em capítulos anteriores neste artigo, ou seja, é a favor da não interferência do Estado nas relações do mercado financeiro, e essa mesma corporação exige uma posição do governo quando a população com a qual ela se relaciona é por ela afetada negativamente. Um tanto contraditória tal conduta, pois mostra que a afirmação feita por Chang (2013, p.22), e aqui exposta no capítulo anterior, tem fundamento, “os adeptos do livre mercado estão tão politicamente motivados quanto qualquer pessoa”¹⁶ e realmente precisamos superar o mito de que o “livre mercado” existe em uma forma objetivamente definida e pura.

15 Em Folha de São Paulo de 04/05/2002, matéria: “Moradores de Vila Carioca usaram poço no auge da contaminação”. Ver <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0405200217.htm>> (Acesso em: 24/10/2014)

16 Ver seção 5 deste artigo: “Responsabilidade Social”.

Por isso ficam os questionamentos: A Shell agiu conforme os seus princípios, estabelecidos em seu endereço eletrônico? Podemos dizer que a ela agiu de forma ética e com responsabilidade social? Ainda que não seja a única responsável, ela tem a responsabilidade de agir nesse caso? Até onde existe responsabilidade da Shell para resolver esse problema? E deve ela ser responsável por problemas socioambientais que surgiram de um momento no passado, quando ela ainda agia de acordo com a lei?

Pois bem, conforme definido neste trabalho, para considerarmos que uma empresa age com Responsabilidade Social, não basta que realize atividades filantrópicas e siga a legislação vigente. No caso da Shell, não basta que providencie estudos sobre o problema relatado e nem que alegue que durante o tempo em que poluiu o solo da Vila Carioca suas ações estavam de acordo com a lei vigente à época. Pois uma empresa que age com Responsabilidade Social é aquela que gerencia os seus impactos na comunidade, considerando sempre as consequências externas as quais suas atividades podem gerar. E isso condiz com a definição de Ética apresentada na introdução do artigo, na medida em que, quando a corporação age com Responsabilidade Social, implica em dizer que ela (representada pelo seu grupo de gestores) está saindo do seu meio e analisando suas condutas e a série de ações e comportamentos que podem ser gerados a partir delas, ou seja, faz da ciência Ética seu instrumento de análise.

Portanto, não. A Shell não agiu de forma ética e muito menos com Responsabilidade Social quando não pensou nas consequências que suas atividades na Vila Carioca poderiam trazer para a população e para o ambiente, quando não manteve uma interação com os *stakeholders* e quando se negou a assistir ao povo atingido pela contaminação da área.

Dando sequência ao caso, conforme relata Marcatto (2005, p.101), “a Shell foi penalizada com várias multas emitidas pela CETESB. Apesar das constatações de contaminação, a empresa priorizou a ação jurídica e não reconheceu as penalizações.”

Importante relatar que além dos impactos à saúde e ao ambiente, houve também um impacto social sobre a comunidade do bairro, que desde a descoberta da contaminação se dividiu em grupos: Reviva Vila Carioca, SOS Vila Carioca e outros, os quais resolveram mover ações individuais. Entretanto, todos estavam interessados nas decisões subsequentes tomadas pela Shell, como se percebe pelo relato de um morador da Vila Carioca, citado também por Marcatto (p.110):

Não queremos que a Cetesb aprove qualquer remediação sem a aprovação da comunidade (...) a completa salubridade do local (...) As casas perderam valor econômico. Pleiteamos uma revalorização estética, ou seja, a arborização, repavimentação, requalificação de praças, constituição de equipamentos de lazer, às expensas da Shell . Eles [Shell] negam tudo e querem ir para justiça (...).

Em seguida, o Ministério Público Estadual entrou com uma Ação Civil Pública e diversos pedidos liminares para fechar a propriedade da empresa, que não possuía a Licença de Instalação do Município e a Licença de Funcionamento emitido pela CETESB. Entretanto, a Shell também entrou com pedidos de liminar e continuou a funcionar no bairro. Então, por meio do

Procurador da República, o Ministério Público Federal, em 2 de abril de 2004, apresentou denúncia ao Poder Judiciário Federal contra a Shell Brasil Ltda¹⁷, enquadrando-a no artigo 54 da Lei de Crimes Ambientais¹⁸, por causar poluição em um nível que resultou em danos à saúde humana. O processo penal da empresa usou como base o auto de infração e imposição de penalidade de advertência da CETESB, de 2002 e documentos que continham relatórios de pesquisa e depoimentos dos moradores da comunidade. Em seguida, foi proposta a suspensão condicional do processo, contanto que a Shell assinasse o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), no qual continha obrigações que ela deveria cumprir. O termo nunca foi assinado. Até 2006, a empresa protelou em reconhecer sua responsabilidade no caso; enquanto os moradores aguardavam apreensivos a solução, a Shell utilizava de todos os artifícios jurídicos para favorecer a morosidade processual.

7 CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto, fica evidenciado que uma corporação torna-se uma instituição supranacional uma vez que seu alcance supere as fronteiras da nação onde se estabelece a sede de sua empresa, de forma que ela sempre busca jurisdições mais favoráveis para sua produção e consequente obtenção do lucro. Suas atividades estão onde o retorno é maior. Impulsionada pela ideologia capitalista e pelo fenômeno da globalização, que tão bem permitem o seu interesse de compartilhar e expandir mercados, ela consegue se projetar nos mais variados tipos de sociedade, de tal forma que cria uma imagem positiva perante os indivíduos, passando a influenciar e, em muitos casos, a dominar diversos aspectos da vida: a saúde (planos e hospitais particulares), a educação, a política (com influências significativas nas tomadas de decisões de muitos governos), as leis (por exemplo, o reconhecimento de uma corporação como pessoa jurídica, com capacidade de processar e ser processada) e até mesmo a vida familiar (alcançando-a por meio de seus anúncios e produtos).

Dessa forma, é inegável os impactos que as corporações geram no meio em que se inserem, seja em um nível local, nacional ou global. E diante de tudo que foi discutido neste artigo, podemos concluir que esses impactos se dão em diferentes meios. Os mais reconhecidos são os econômicos, uma vez que, conforme mostrado, algumas empresas chegam a ter receitas maiores que o Produto Interno Bruto (PIB) de muitos países e acabam por ditar os rumos da economia em diversos setores. Todavia, fica claro também que as decisões das corporações geram impactos sociais, ambientais e políticos, quando alteram de forma considerável o espaço com o qual se relacionam, e das mais variadas maneiras: como o aumento na geração de empregos em uma comunidade, a poluição do meio ambiente, e até mesmo algo mais grave, como a supressão de direitos básicos, o que pode acabar resultando em crises sociais, conforme comprovado pelos casos das empresas Monsanto e Shell, aqui apresentados.

Dessa forma, fica evidenciado o caráter externalizador de uma corporação, na medida em que, sendo a maximização do lucro o seu objetivo principal, muitas vezes elas não consideram

17 <<http://zonaderisco.blogspot.com.br/2012/04/contaminacao-toxicas-ameaca-vila.html>> (Acesso em: 24/10/2014)

18 Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

os efeitos que suas decisões causam naqueles com os quais possui relação direta e externalizam qualquer custo. É em razão disso que muitos Direitos Fundamentais acabam por ser violados.

Por isso, fica claro que não se pode mais pensar que a única obrigação das empresas é prover os seus acionistas, vimos que não há uma circulação apenas de efeitos benéficos do livre mercado pela sociedade, ao contrário do que pregam muitos economistas. O capital, quando mal gerenciado e largado apenas ao interesse de grupos particulares, resulta em desigualdades e crises sociais. Faz-se necessário, portanto, que uma corporação considere, em cada ação e decisão tomada, os indivíduos que estão no meio de sua cadeia de eventos.

Em razão de tudo que aqui foi explanado, percebemos a importância de se refletir sobre a função das corporações na sociedade, reconhecendo que existe uma relação profunda entre as duas, cabendo à primeira responder as demandas da segunda, ao mesmo tempo que cabe à sociedade questionar e pensar em como deve se portar diante das ações empresariais. É nesse processo que entra a Ética como instrumento de análise das ações que constroem essa relação. E é por meio da Ética que podemos pensar em como essa relação pode ser melhorada, uma vez que as corporações passam a pensar e considerar os valores que constroem a comunidade a sua volta no momento de tomar decisões e, por outro lado, a sociedade adquire uma postura questionadora perante as ações das empresas. A partir do momento em que se passa a ter uma interação entre empresa e seus *stakeholders*, pode-se dizer que a empresa age com responsabilidade social.

Todavia, o que ainda permeia o meio são corporações que através do marketing sustentam uma imagem de empresa intimamente ligada com a população, de tal forma que seu discurso deixa transparecer apenas seus efeitos benéficos, quando na verdade ela se utiliza de recursos materiais, humanos, sociais e naturais apenas em benefício próprio, causando impactos negativos, como bem exemplificam os casos anteriormente expostos.

Conclui-se, portanto, que é preciso cobrar das empresas uma postura socioambiental e política que se adeque ao meio democrático no qual elas se inserem, e não o contrário, como vem acontecendo nos mais variados casos. Pois os fatos já comprovam os impactos das empresas sobre a sociedade, o que se precisa agora é permitir uma maior participação e interferência dos grupos interessados, sejam eles os trabalhadores, os fornecedores ou a própria comunidade, nas atividades da empresa, de modo que esta mantenha sempre uma postura transparente diante desses grupos.

REFERÊNCIAS

ACCA. **Contaminação tóxicas ameaça Vila Carioca em SP**. In: Zona de Risco, 10 de abril de 2012. Disponível em: <<http://zonaderisco.blogspot.com.br/2012/04/contaminacao-toxicas-ameaca-vila.html>> (Acesso em 24/10/2014).

BRASIL. **Lei nº 9605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm> (Acesso em: 24/10/2014).

CHANG, Ha-Joo. **23 coisas que não nos contaram sobre o capitalismo**. São Paulo: Cultrix, 2013.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. São Paulo: Brasiliense, 2012.

FDA, Food and Drug Administration. **About FDA**. Disponível em: <www.fda.gov/aboutfda> (Acesso em: 23/10/2014).

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2004.

LENNTECH. **Heavy Metals**. Disponível em: <<http://www.lenntech.com/processes/heavy/heavy-metals/heavy-metals.htm>> (Acesso em: 24/10/2014).

LOBO Frederico. **Poluentes Orgânicos Persistentes (POPs) e Metais Pesados**. Disponível em: <<http://www.ecologiamedica.net/2010/09/poluentes-organicos-persistentes-pops-e.html>> (Acesso em: 24/10/2014).

MARCATTO, Flávia Silva. **A participação pública na gestão de área contaminada: uma análise de caso baseada na Convenção de Aarhus**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Saúde Pública. São Paulo:2005. Disponível em: <<http://www.ambiente.sp.gov.br/wp-content/uploads/cea/FlaviaMarcatto.pdf>> (Acesso em: 01/10/2014).

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MOSANTO. **Para sua informação**. Disponível em: <http://www.monsanto.com.br/institucional/para_sua_informacao/agente-laranja.asp> (Acesso em: 03/10/2012).

OLIVEIRA, José Antonio Puppim de. **Empresas na Sociedade: sustentabilidade e responsabilidade social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

REDE de Agricultura Sustentável. **A obscura história da Monsanto**. Disponível em: <<http://www.agrisustentavel.com/trans/crisanto.htm>> (Acesso em: 03/10/2012).

REVISTA Consciência.net. **EUA arquivam ação sobre efeitos do agente laranja no Vietnã**. Disponível em: <<http://www.consciencia.net/2005/mes/06/vietnaeua-impunidade.html>> (Acesso em: 03/10/2012).

SAVATER, Fernando. **Ética como amor-próprio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SHELL. **Who we are**. Disponível em: <<http://www.shell.com/global/aboutshell/who-we-are>> (acesso em: 20/10/2014).

THE corporation. Direção: Mark Achbar e Jennifer Abbot. Canadá: Big Picture Media Corporation em associação com TV Ontario, 2003.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

VIVEIROS, Mariana. **Contaminação ameaça 30 mil em São Paulo.** In: Folha de São Paulo, 20 de abril de 2002. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2004200201.htm>> (Acesso em: 20/10/2014).

VIVEIROS, Mariana. **Moradores da Vila Carioca usaram poço no auge da contaminação.** In: Folha de São Paulo, 04 de maio de 2002. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0405200217.htm>> (Acesso em: 24/10/2014).

WHITE, Steven. **The top 175 Global Economic Entities, 2011.** Disponível em: <<http://dstevenwhite.com/2012/08/11/the-top-175-global-economic-entities-2011/>> (Acesso em: 24/10/2014).

ZANITELLI, Leandro Martins. **Corporações e Direitos Humanos: o debate entre voluntaristas e obrigacionistas e o efeito solapador das sanções.** Revista Internacional de Direitos Humanos, v.8, n.15, dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo15.php?artigo=15%2cartigo_02.htm> Acesso em: 09/09/2014.

FUNDAMENTOS DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE: SUA IMPORTÂNCIA PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Anderson Araújo de Medeiros¹

RESUMO

A ação declaratória de constitucionalidade foi inserida pela emenda constitucional nº 03 de 1993. Assunto dos mais importantes dentro da seara constitucional, refere-se ao tema controle de constitucionalidade, ao qual será retratado com amplitude e objetividade, reforçando os principais aspectos do seu campo de atuação, entre eles: a posição de alguns autores considerando-a eivada de vício de inconstitucionalidade; os legitimados para a sua propositura; os efeitos das decisões cautelar e definitiva, além da possibilidade de modulação destes; o procedimento da ação; a admissão do *amicus curiae* no procedimento legal; entre outros. Todas as seções e subseções deste artigo demonstram a importância da ADC para o ordenamento jurídico brasileiro, o que, ao final, será possível reconhecê-la como uma verdadeira ferramenta de controle e combate a invalidades no campo legislativo, preservando-se a ordem constitucional vigente e tutelando a segurança jurídica dos cidadão brasileiros.

Palavras-chave: Ação Declaratória de Constitucionalidade. Controle de Constitucionalidade. Fundamentos e Importância.

FUNDAMENTALS OF DECLARATORY ACTION OF CONSTITUTIONALITY: ITS IMPORTANCE FOR THE BRAZILIAN LAW

ABSTRACT

The Declaratory Action of Constitutionality was inserted by the Constitutional Amendment nº 03 of 1993. Subject of much importance inside the constitutional area, it refers to constitutionality control, which will be shown with amplitude and objectivity, reassuring key aspects of their field of activity, including: the thought of some authors who consider it to be tainted with unconstitutionality; those legitimated to its proposal, the effects of interim and final decisions, besides the possibility to have these modulated; the action procedure; the *amicus curiae* admission of the legal procedure, amongst others. All sections and subsections of this article highlight the importance of ADC to the Brazilian legal system, making it a real control tool against all nullities of the legislative field, preserving the current constitutional order and protecting the judicial security of the Brazilian citizen.

Keywords: Declaratory Action of Constitutionality. Judicial Review. Federal Constitution. Brazilian Legal System. Legal Security.

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade liberal, o direito dependia basicamente do legislador; hoje a sociedade técnica e de massa busca o juiz como o guardião de seus valores, de seu aperfeiçoamento e

¹ *Docente do Curso de Direito do UNI-RN. Advogado.

de sua própria evolução. Essa busca desenfreada acaba por causar um congestionamento do Judiciário.

Por conseguinte, surge a importância de instrumentos de controle concentrados, como no caso da ação declaratória de constitucionalidade, pois não há lógica e atenta contra a própria harmonização e conciliação das decisões judiciais que o Judiciário mantenha milhares de processos em tramitação no Brasil inteiro, quando o STF, com uma única decisão, poderia pôr fim a essas inúmeras controvérsias, tornando desnecessários esses milhares de processos.

O estudo a ser apresentado tem como assunto um dos mais relevantes temas dentro da seara constitucional, refere-se à temática da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), principalmente se visualizada sob o prisma de sua importância para o ordenamento jurídico. Sob essa ótica, o presente trabalho aponta suas principais peculiaridades, e dentre elas destacam-se: a legitimidade para a sua propositura; os efeitos das decisões nesta ação e a possibilidade de sua modulação; a posição de alguns autores considerando-a eivada de vício de inconstitucionalidade; o procedimento da ação; a admissão da figura do *amicus curiae*, entre outras.

Questão de extrema importância a ser percorrida neste trabalho é a que está alinhada na seguinte problematização da pesquisa: A ação declaratória de constitucionalidade (ADC) possui real relevância para o ordenamento jurídico? A ação direta de inconstitucionalidade, por si só, já seria suficiente nesse papel repressor de tutelar o controle eficaz da ordem constitucional?

Nesse desiderato, tem-se um estudo criterioso quanto à importância da ação declaratória de constitucionalidade para o ordenamento jurídico brasileiro, seja sobre o ponto de vista de seus requisitos próprios que a diferencia das demais ações do controle abstrato, seja através do seu efetivo papel instalado no Supremo Tribunal Federal, de modo a eliminar a insegurança jurídica advinda de conflitos normativos, ou mesmo através da proteção à supremacia da Constituição e a paz social.

Por fim, a pesquisa trata-se de uma revisão sistemática de caráter descritivo e analítico com abordagem qualitativa. Para tanto, utilizou-se o método de abordagem com lastro em estudos doutrinários, embasados na legislação que envolve o tema, e para que o leitor não se espraia na dúvida, abordaremos o posicionamento dominante quando houver divergência, seja no âmbito doutrinário ou jurisprudencial, quando o caso exigir.

2 SURGIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE – ADC

A ação declaratória de constitucionalidade surge no cenário jurídico brasileiro, mais precisamente na seara do Direito Constitucional, no primeiro trimestre do ano de 1993, quando vivíamos sob o regime de governo do Presidente Itamar Franco, com a Emenda à Constituição de nº 03/1993 que alterou o art. 102, I, inserindo o §2º do art. 102, vindo a se consolidar de forma definitiva com surgimento da Emenda Constitucional nº 45/2004.

A ideia inicial de inseri-la na Constituição Federal surgiu no governo Collor, com a intenção de frear as inúmeras controvérsias surgidas em torno da constitucionalidade de certas leis que nasciam naquela época e emperravam o seu programa de governo.

Após o surgimento da EC nº 03/1993, fazia-se necessário regulamentação legislativa de tal instituto, o que aconteceu por intermédio da Lei 9.868, de 1999.

Demais disso, a emenda constitucional que instituiu a ADC teve e tem endereço certo, vez que busca brevar, exatamente, as chamadas ações coletivas, pelas quais são suscitadas questões que aguçam a sensibilidade dos jurisdicionados, a curiosidade da mídia e quase sempre buscam a responsabilização estatal.

Sua razão de ser, o que lhe fornece uma peculiaridade em face das outras ações diretas, consiste na solução definitiva de dúvidas ou incertezas existentes a respeito da constitucionalidade de lei ou do ato normativo, surgidas em virtude de grave controvérsia judicial travada em sede de controle de constitucionalidade difuso ou incidental, porém visa à declaração de sua constitucionalidade. Daí a necessidade de prévia demonstração, como pressuposto de admissibilidade da própria ação, de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

3 CONSTITUCIONALIDADE DA ADC

No mesmo ano em que a ADC passou a integrar o texto constitucional pátrio, a doutrina, bem como os juristas, não pouparam críticas contra esse novo instituto. Um dos pontos questionados foi a possibilidade de reconhecimento de constitucionalidade de um ato, sem a devida manifestação contrária do polo passivo, ocorrendo violação ao contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, o que de pronto consideraram inconstitucional a ADC.

Porém, como já se tem pacificado na jurisprudência, tanto a ADIn como a ADC se desenvolvem por meio de um processo objetivo, ou seja, um processo em que não se está a discutir e a solucionar um conflito de interesses, mas a averiguar a compatibilidade da lei ou ato normativo, questionado com o texto constitucional.

A discussão acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade é o ponto principal da ADC, isto é, o pedido que o interessado formula ao ajuizar tal ação é o de que seja declarada a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, não possuindo nenhum interesse em sanar uma controvérsia intersubjetiva.

E, como decorrência desse processo objetivo, fica claro que as partes na ADC e ADIn são assim consideradas apenas do ponto de vista formal, não se podendo trazer as partes, subjetivamente falando, do âmbito processual civil para essa jurisdição constitucional objetiva da ADC.

É de bom alvitre lembrar que, também como consequência desse processo objetivo, não se encontra presente na ADC, nem mesmo no âmbito formal, a figura do réu - polo passivo.

A objetividade do processo, em ADC, resulta do fato deste ser “essencialmente unilateral, não contraditório, sem partes, no qual há um requerente, mas não há necessariamente um requerido” (MENDES, 1995, p. 198).

Outrossim, a alegação de ofensa ao princípio da inafastabilidade do poder judiciário encontra-se em zona de certeza negativa, dado o fato de que o próprio STF, já mesmo antes do surgimento da CR/88, previa em seu regimento interno a possibilidade de fiscalização abstrata de constitucionalidade, e, embora não exponha de forma expressa a eficácia *erga omnes* de suas decisões, essa é afirmada desde a criação do controle de constitucionalidade (CLEVE, 2000).

O fato de não podermos discutir a matéria, posteriormente à decisão do STF, tendo-se com isso um engessamento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade daquela lei ou ato normativo específico, decorre de “uma arquitetônica que adota a convivência entre os sistemas difuso e concentrado de constitucionalidade, não importando então em supressão do direito de acesso do cidadão ao judiciário” (CLEVE, 2000, p. 205).

Ademais, Ataliba, por sua vez, levanta que “ao abolir o contraditório, a emenda criou um processo sem parte, sem duplo grau de jurisdição e sem recursos” (ATALIBA, 1994, p. 33).

Ora, o direito de ação é inerente a cada um de nós, podendo ser utilizado de acordo com a conveniência e oportunidade, sendo por isso facultativo, bem como independente de termo ou não do direito alegado na peça inicial, e por essa razão, a partir do momento em que a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo se torna inquestionável por decisão do STF, o citado direito de ação perde sua razão de ser.

Entretanto, em um segundo momento, após uma análise mais cuidadosa, fica perceptível que, se a Corte Suprema considera um ato constitucional, nada impede que ela volte a apreciar a questão, podendo se aproveitar, por exemplo, de uma ADIn, entendendo-se pela inconstitucionalidade, podendo também, por outra opção, rever o seu posicionamento por intermédio de uma reclamação constitucional, ferramenta processual usada após o descumprimento de uma decisão tomada anteriormente pelo órgão máximo da jurisdição brasileira – o STF.

Então, de uma forma ou de outra, opinando o STF pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade, fica entendida a inexistência de violação ao princípio do direito de ação, e conseqüentemente, passamos a nos filiar ao posicionamento de Clève (2000), em seu cerne.

Destarte, a ADC tem como escopo maior reforçar a noção de segurança jurídica, configurando-se, portanto, como um instrumento por meio do qual se busca elidir tal incerteza, conforme entendimento de Mendes (1995), não demonstrando nenhuma forma, em seu agir, tendenciosa a abolir os direitos e garantias fundamentais, como querem alguns doutrinadores.

Com isso, não há como considerar inconstitucional a EC nº 03/93, no que se refere à criação da ADC, visto que, em dedução ao exposto acima, não existe nenhuma violação aos princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal e do direito de ação. Nesse sentido, na ADC nº 01², o próprio Pretório Excelso considerou a EC 03/93 como sendo constitucional.

Deve-se observar ainda que a ação só vale se demonstrada objetivamente a existência de controvérsia judicial em torno da constitucionalidade da norma. É necessário, no entanto, que o autor refute as razões alinhavadas como fundamento à tese da inconstitucionalidade e pleiteie a declaração de sua constitucionalidade.

3.1. FINALIDADE E OBJETO DA ADC

ADIn e ADC se desenvolvem por meio de processos objetivos, como já dito anteriormente, em que ambas possuem como objetivo maior proteger a integridade e validade do texto constitucional;

2 STF. ADC 1 QO / DF. Tribunal Pleno. Relator (a): Min. MOREIRA ALVES, j. 27/10/1993. DJU 16/06/95.

porém a primeira visa especificamente expurgar do ordenamento jurídico brasileiro a lei ou ato normativo maculado pela eiva da inconstitucionalidade, ao passo que a segunda tenta o saneamento de uma discussão envolvendo a validade de uma lei ou ato normativo que está sendo questionado em face da CF/88, buscando ratificar a constitucionalidade do mesmo.

Alinha-se ainda como objetivo da ADC a emergência de se amparar importante lesão ao princípio da isonomia, posto que muitas vezes decisões conflitantes ensejam tratamento desigual em situações de igualdade.

Ademais, a ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento suficiente para a pronta solução de controvérsia judicial em matéria que envolve questão constitucional, pois, como o próprio STF³ já definiu:

não é ela cabível quando o autor a propõe sustentando a constitucionalidade do ato normativo, e pretendendo, portanto, obter declaração de sua constitucionalidade pela via indireta da decisão de improcedência dessa ação.

No entanto, quanto à eficácia da ADIN⁴, também explanou:

quer de procedência, quer de improcedência, apenas estende a todos (erga omnes) no sentido de que, em face de todos, sua eficácia se exaure na declaração de que o ato normativo é inconstitucional (e, portanto, nulo desde a origem) ou constitucional (e, conseqüentemente, válido) (Parte do Voto do Min. Moreira Alves, p. 15, ADC 1-1-DF). Ora, a decisão na ação direta de constitucionalidade produz efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Judiciário e ao Poder Executivo, o que configura um plus em relação aos efeitos produzidos pela decisão na ação direta de inconstitucionalidade.

No que pertine ao objeto da ADC, fulgurantemente, após uma análise do dispositivo constitucional 102, I, "a", fica compreendido que tal instituto só é cabível em face da CF/88, em se tratando de lei ou ato normativo federal, mas estadual e municipal não. Todavia, segundo Mendes (1995), há a possibilidade do interessado utilizar-se da ADC contra lei ou ato normativo estadual, se esse é questionado em face da Constituição Estadual.

Ademais, Clève (2000), apud Slaibi Filho (2000), esclarece ainda que:

A ADC não pode ter por objeto atos normativos pré-constitucionais (a questão envolve juízo de revogação e não de constitucionalidade), nem atos regulamentares (a questão é de legalidade e não de constitucionalidade), exceto os definidos autônomos (CLÈVE, 2000, p. 244).

3.2. REQUISITO DA CONTROVÉRSIA JUDICIAL RELEVANTE

A Excelsa Corte exige como requisito, para o conhecimento da ADC, que a parte interessada demonstre a *controvérsia judicial relevante*, reclamação esta presente no artigo 14, III, da lei 9868/99, não constando em matéria de ADIn. Assim, o instituto jurídico da ADC não pode ser

3 STF ADC 1-1 / DF. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, j. 27/10/1993. DJU 16/06/95.

4 STF ADC 1 QO / DF. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, j. 27/10/1993. DJU 16/06/95.

utilizado em toda e qualquer discussão acerca da legitimidade de lei ou ato normativo, perdendo, talvez, dessa forma, sua razão de ser, vez que fica reservado para os casos nos quais exista dúvida fundada sobre a conformidade do ato normativo com a Constituição.

Deixa claro o STF⁵ que tal exigência far-se-á necessária pelo fato desse próprio Tribunal não figurar no sistema jurídico pátrio como órgão consultivo, mas sanador de controvérsia que gire em torno da compatibilidade da lei ou ato normativo com a lei maior.

A DELIMITAÇÃO DO OBJETO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE NÃO SE ADSTRINGE AOS LIMITES DO OBJETO FIXADO PELO AUTOR, MAS ESTES ESTÃO SUJEITOS AOS LINDES DA CONTROVÉRSIA JUDICIAL QUE O AUTOR TEM QUE DEMONSTRAR.

Em ilação às disposições doutrinárias e jurisprudenciais, podemos asseverar com segurança que o requisito da *controvérsia judicial relevante* não se encontra provado com a arguição de controvérsia *doutrinária*, nem mesmo por meio de um exame meramente quantitativo, ou seja, não basta que existam decisões conflitantes em si, é necessário, acima de tudo, a relevância da controvérsia judicial.

Ainda nesse julgado acima, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes proferiu voto informando que uma generalização de decisões inconstitucionais não torna inviável a ADC, mas apenas quando as decisões entenderem a matéria constitucional.

3.3. LEGITIMADOS DA ADC

Sabe-se que a EC nº 45/2004 ampliou a legitimação para agir no controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal, igualando os legitimados em ação declaratória de constitucionalidade aos legitimados em ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, I ao IX).

Atualmente, portanto, os mesmos legitimados perante o Supremo Tribunal Federal podem propor todas as ações do controle abstrato: ação direta de inconstitucionalidade genérica, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Somente a ação direta de inconstitucionalidade interventiva – também denominada “representação interventiva” – proposta perante o Supremo Tribunal Federal, para o fim de fiscalizar o procedimento interventivo da União em Estado ou no Distrito Federal (CF, art. 36, III), possui legitimação restrita, exclusiva do Procurador-Geral da República.

Finalmente, cabe esclarecer que, de agora em diante, o Supremo Tribunal Federal exigirá de alguns legitimados – dos denominados “legitimados especiais” – a comprovação da falada pertinência temática para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade.

Até a promulgação da EC nº 45/2004, não fazia sentido falar-se em pertinência temática para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, pois todos os legitimados até então eram

5 STF ADC 1 QO / DF. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, j. 27/10/1993. DJU 16/06/95.

“legitimados universais”, em relação aos quais não se exigia a comprovação desse pressuposto (os antigos legitimados em ação declaratória de constitucionalidade eram o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, a Mesa da Câmara dos Deputados e a Mesa do Senado Federal).

Agora, com a ampliação dos legitimados, certamente o Supremo Tribunal Federal exigirá dos legitimados especiais a comprovação de pertinência temática, também para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, assim como na ação declaratória de inconstitucionalidade.

Portanto, coube ao Supremo Tribunal Federal⁶ adotar o entendimento de que alguns dos legitimados para as ações de controle direto de constitucionalidade devem demonstrar o requisito da “pertinência temática” em relação objeto da ação, como um pressuposto de legitimidade ativa.

Nas ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, os legitimados para a propositura de tais ações não são considerados, pelo menos materialmente, partes no processo, pois nesse tipo de ação de caráter abstrato e objetivo não existe litígio referente à situação subjetiva e concreta, ou seja, inexistente parte individualizada.

São legitimados “formais” para a propositura de ações diretas, incumbidos pela ordem jurídica de propugnarem judicialmente inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do poder público.

As ações diretas não são propostas contra partes, mas sim contra lei ou ato normativo possivelmente inconstitucional.

Mesmo a Constituição não fazendo distinção entre legitimados para a propositura da ação, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem limitado algumas legitimidades, como nos casos de Governador de Estado, da Mesa da Assembleia Legislativa, da Confederação Sindical e das entidades de classe de âmbito nacional, exigindo desses entes a chamada “pertinência temática”.

Na visão do autor Cunha Júnior (2008, p. 33), a chamada pertinência temática seria “a demonstração do *interesse de agir* diante da necessidade da demonstração de uma relação lógica entre a questão versada na lei ou ato normativo impugnado e os interesses defendidos por esses legitimados”. Esse também é o entendimento do Ministro Carlos Velloso na ADIN 1.507-MC-AgR.

Após a ampliação do rol de legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103 CF/88), um sem número de ações chegou ao Supremo Tribunal Federal para questionar constitucionalidade de leis ou atos normativos pelos diversos entes legitimados, o que fez com que houvesse, por parte do órgão máximo da jurisdição brasileira, uma paulatina interpretação de restrição a essa demanda, tudo imbuído por um desejo de racionalização jurisdicional e provável segurança jurídica.

Essas decisões foram dividindo os legitimados em duas classes: os universais e os especiais (dotados de pertinência temática). Os universais não necessitam demonstrar nenhum tipo de relação lógica entre seus interesses e a demanda, pois possuem um caráter coletivo de substituição, ou seja, agem em nome de todos, indistintamente, podendo impugnar qualquer norma, independente de seu conteúdo material, enquanto os legitimados especiais precisariam demonstrar a relação entre o objeto da demanda e os interesses de seus representados, ou seja, relação com suas finalidades institucionais.

6 STF. ADC 3.906-AgR. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Menezes Direito, j. 7/8/2008. DJU 05/09/08.

O STF construiu a pertinência temática através da sua jurisprudência, privilegiando uma racionalização dos julgados, na tentativa de diminuir o número de processos apresentados ao controle abstrato e concentrado de constitucionalidade.

Na verdade, quando se busca um interesse temático entre o objeto vindicado na norma e a finalidade institucional da pessoa jurídica, através da declaração de inconstitucionalidade, estamos considerando tratamentos subjetivos e individuais ao controle concentrado de constitucionalidade, algo discrepante diante da natureza do instituto na jurisdição constitucional.

Desse modo, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal utilizou sua competência para atuar como ente político, modificando, ou pelo menos interpretando, o texto constitucional conforme sua conveniência, contrariando o pensamento do legislador constituinte de 1988, que possuía outra intenção na criação da ordem jurídica, a de dotar todos os entes democráticos do debate constitucional de legitimidade concorrente e igualitária, em defesa da Constituição, não para defesa de interesses individuais de suas esferas de atuação.

3.4. DECISÃO EM ADC

A ADC só será julgada se estiverem presentes na sessão pelo menos 08 (oito) ministros, dos 11 (onze) que compõem o STF (vide art. 101, *caput*, da CF/88), e, após o julgamento, a lei ou ato normativo questionado só será considerado constitucional ou inconstitucional se, num ou noutro sentido, manifestar-se a maioria absoluta do Pleno do STF. E na hipótese de não ser atingido o número mínimo de 06 (seis) ministros adotando o mesmo posicionamento, estando ausentes ministros em número que possa influenciar no julgamento, ocorrerá a suspensão deste até o comparecimento dos faltosos, a ponto de se chegar ao número necessário de presentes para a prolação de uma decisão, pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade, sendo que o único recurso possível para se questionar a decisão é o embargo de declaração.

Essa única forma recursal está descrita no art. 337 do CPC: “cabem embargos de declaração, quando houver no acórdão obscuridade, dúvida, contradição ou omissão que devam ser sanadas”. O prazo para esse recurso é de cinco dias.

A petição inicial deve conter cópia da lei ou do ato normativo que está sendo questionado. Ela deve ser fundamentada, caso contrário pode ser inadmitida de imediato pelo relator. Para estabelecer o contraditório, o relator deve pedir informações às autoridades de quem emanou a lei, tais como Presidente da República, Congresso Nacional.

Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos requerentes, o relator poderá ouvir outros órgãos ou entidades. Caso haja necessidade de esclarecimento da matéria, podem ser designados peritos para emitir pareceres sobre a questão ou chamadas pessoas com experiência e autoridade no assunto para opinar. O Advogado-geral da União e o Procurador-Geral da República devem se manifestar nos autos.

Quando houver pedido de medida cautelar, só poderá haver concessão pela maioria absoluta dos ministros que compõem o Tribunal, ou seja, por 6 votos, salvo em caso de possível decisão monocrática em período de recesso do tribunal. Somente em casos de excepcional urgência, a cautelar poderá ser deferida sem que sejam ouvidas as autoridades de quem emanou a lei. Ademais, uma vez proposta a ação, não se admite desistência.

A decisão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei somente será tomada se estiverem presentes na sessão de julgamento pelo menos oito ministros. E, uma vez proclamada à constitucionalidade em uma ADC, será julgada improcedente eventual ação direta de inconstitucionalidade contra a mesma lei. Do mesmo modo, uma vez proclamada à inconstitucionalidade em ADI, será improcedente a ação declaratória de constitucionalidade contra a mesma norma (efeito ambivalente da ADC e ADI).

3.4.1 Efeitos da decisão

O legislador, fazendo emergir no ordenamento jurídico pátrio as disposições do artigo 24, da lei 9868/99, não se mostra inovador, pois essa realidade é uma decorrência da simetria constitucional existente. Sob esse aspecto, vejamos o seu teor:

Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

A procedência do pedido formulado em uma ação corresponde à improcedência da outra, e isso é lógico, em virtude da ADIn e ADC serem simétricas, e desse fato decorre a consequência de não poder o legislador ter agido de outra forma, conferido tratamentos diversos para essas ações, no que tange aos efeitos da decisão definitiva. O próprio STF⁷ já considerou que as decisões nessas ações seriam equivalentes:

Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade.

O parágrafo único do artigo 28, da lei 9868/99, dispõe sobre os efeitos da decisão definitiva em controle principal de constitucionalidade, atribuindo eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Todavia, mais uma vez o legislador não inovou na matéria, em relação a essa eficácia, pois a mesma é da essência desse controle, em que o que se discute é a adequação ou não da lei ou ato normativo com a Carta Política de 1988, e uma vez resolvido o caso, a solução encontrada será oponível contra todos.

Por outro lado, o efeito vinculante foi agregado ao sistema jurídico brasileiro por meio da EC 03/93, proibindo aos órgãos públicos a prática de qualquer ato semelhante ao que foi declarado inconstitucional pelo STF⁸.

O efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais. Natureza objetiva dos processos de controle abstrato de normas. Eficácia *erga omnes* e efeito vinculante das decisões proferidas em processo de controle abstrato.

7 STF, Rcl 1880 AgR / SP. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. Maurício Corrêa, j. 07/11/2002. DJU 19/03/2004.

8 STF, Rcl 935 / DF. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, j. 28/04/2003. DJU 17/10/2003.

Quem se vincula à decisão é a administração pública federal, estadual e municipal, e alguns autores, como Nery Júnior (2003), consideram a distrital também, não podendo praticar ato com teor diverso do atribuído pelo STF, como também os outros órgãos do Poder Judiciário, a exemplo do Juiz de 1º grau.

Segundo a doutrina, o STF não se autovincula, e esse entendimento encontra-se patente nas disposições do art. 102, §2º, da Carta Maior, ao utilizar a expressão *relativamente aos demais órgãos do poder judiciário*.

O legislativo também não é atingido por esse efeito vinculante, enquanto produtor de ato normativo primário, ainda que apresente o mesmo conteúdo da lei ou ato normativo considerado inconstitucional. Mas, a partir do instante em que os órgãos deste poder passam a atuar administrativamente, passam a vincular-se à decisão definitiva proferida pelo STF em ADIn e ADC.

Ressalte-se que o efeito vinculante independe da fundamentação invocada naquele processo específico.

Sob este prisma, válido registrar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal⁹, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, vejamos:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE MÉRITO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 28 DA LEI 9868/99: CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO. REFLEXOS. RECLAMAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA.

Por fim, em sentido contrário, como bem sustenta Clève (2000, p. 201), cita-se:

Não é razoável admitir-se que o judiciário esteja com seus canais inteiramente congestionados, com milhares de processos em tramitação no Brasil inteiro, quando o STF, com uma decisão, poderia resolver definitivamente a questão, tornando desnecessários milhares de processos.

3.4.2 Modulação dos Efeitos da Decisão de “In”Constitucionalidade

Primeiramente, a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal possui efeito retroativo (*ex tunc*), pois, por óbvio, o que se busca é a manutenção e confirmação da presunção de constitucionalidade que já vigorava, porém agora de forma absoluta.

Diante disso, quanto a essa decisão não haveria como haver modulação a permitir que existisse inconstitucionalidade por um período e constitucionalidade por outro; no entanto, tem como se admitir que em havendo decisão de improcedência do pedido declaratório de constitucionalidade haja possível modulação dos efeitos dessa decisão, pois, nesse caso, ocorreu uma verdadeira decisão declaratória de inconstitucionalidade, levando-se em consideração a ambivalência das duas ações – ADC e ADI.

Assim, embora a ADC almeje reconhecer a constitucionalidade da lei ou ato normativo, empecilho não há para que dessa ação resulte uma declaração de inconstitucionalidade.

9 STF, Rcl 1880 AgR / SP. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. 07/11/2002. DJU 19/03/2004.

O entendimento convencional acerca dos efeitos da *declaração de inconstitucionalidade* é o de que esta gera a nulidade absoluta do ato normativo ou lei, ou seja, pelo fato deste transgredir disposição constitucional, será declarado nulo desde o momento de sua edição – efeito *ex tunc*.

Entretanto, como exceção a essa regra, surge o artigo 27, da lei 9868/99, permitindo que o STF module os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, mas a doutrina, em especial os tributaristas, considera esse artigo inconstitucional, pois a declaração de inconstitucionalidade retroage à data da edição do ato ou lei.

Os constitucionalistas, sob o fundamento de que se deve ter em vista outros bens constitucionalmente protegidos, entendem possível a modulação dos efeitos da decisão por parte do STF.

A decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei tem eficácia genérica, válida e obrigatória contra todos. A lei também diz que se gera o efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, que não podem contrariar a decisão. Ocorrem ainda efeitos retroativos, ou seja, quando a lei é declarada inconstitucional, perde o efeito desde o início de sua vigência.

A decisão do Supremo Tribunal Federal passa a surtir efeitos imediatamente, salvo disposição em contrário do próprio tribunal, ou seja, quando a segurança jurídica ou excepcional interesse social estiverem em jogo, o STF poderá restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou em outro momento a ser fixado. Essa decisão depende da aprovação de dois terços dos ministros (art. 27 da Lei 9868/99) da Corte.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação da ADC foi extremamente importante para a ordem legal, tendo em vista que não existia no nosso sistema jurídico pátrio nenhuma norma ou lei extravagante capaz de solucionar uma possível dúvida surgida em face da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, gerando com isso uma insegurança jurídica.

A emenda constitucional que instituiu a ADC possui objetivos certos, quais sejam, impor exatamente freios às chamadas ações coletivas, pelas quais são suscitadas questões que aguçam a sensibilidade dos jurisdicionados, a curiosidade da mídia e quase sempre buscam a responsabilização estatal.

Como por deveras vezes restou decidido pela Corte Maior, não há que se levantar mais a discussão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da EC 03/93 no que tange aos dispositivos constitucionais modificados e criados, disciplinadores da ADC.

Entretanto, não podemos deixar de reconhecer que a ADI e a ADC possuem um finalidade característica, qual seja, eliminar inseguranças e incertezas jurídicas em torno das questões constitucionais, unificando entendimentos e garantindo a harmonia e a unidade do sistema jurídico.

Nesses passos, percebe-se que a ADC não se restringe a uma mera declaração de constitucionalidade, até porque já está em vigor entre nós o princípio da presunção de constitucionalidade de lei dos atos normativos do poder público, em respeito a nossa Carta Magna. Por isso, ela vai além, tenta resolver, em definitivo, as controvérsias judiciais em torno da questionada constitucionalidade de tais instrumentos normativos, seja no Judiciário, seja no Executivo.

Enfim, pode-se dizer que assim como a ADI, a ADC também possui imenso fundamento democrático, já que uma lei perfeitamente regular e legítima pode não ser aplicada pelo Poder Executivo ao argumento de provável inconstitucionalidade. Nesses casos, a ADC torna-se um verdadeiro instrumento favorável ao cidadão e à sociedade contra o descumprimento das leis, e, pois, contra o Estado de Direito e a segurança jurídica que deste se aguarda.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Angélica Arruda. **Princípios Constitucionais do Processo**. Revista de Processo, São Paulo, ano 19, nº 74, 1994.

ATALIBA, Geraldo. Revista de Inf. Legislativa, n. 121, ano 31, 1994, págs. 33-34.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 2008. Ed. Podivm. p. 333.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal**. Revista de Processo. Publicação oficial do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual. Ano 25. Nº 97. P. 241-250, janeiro a março de 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, Ed. Saraiva, 1995.

_____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** 2ª ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. **O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade.**In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 134, p. 11 – 39, abr./jun., 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional,** 5ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson, ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante.** Atualizado até 07 de julho de 2003. 7ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Princípios de processo civil na Constituição Federal.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação Declaratória de Constitucionalidade.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 8. Ed. ver. e atual., São Paulo, 2010.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.** 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL E A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO CONTRIBUINTE SECUNDÁRIO: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO DIREITO COMPARADO

Egle Karoline Martins de Azevedo¹

RESUMO

Discute-se acerca do redirecionamento na ação de execução fiscal em face de sua prática, pela Fazenda Pública, sem a devida observância ao disposto no *caput* do art. 135 do CTN e ao que preceituam os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Tal prática da Fazenda Pública vem se consolidando no âmbito processual brasileiro através de anos e diante de verdadeira omissão e conivência do Poder Judiciário. O meio de defesa contra tais práticas arbitrárias da Fazenda Pública, segundo entendimento pretoriano atual, é à exceção de pré-executividade. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça não tem admitido o referido meio de defesa nessas circunstâncias. Diante disso, torna-se imprescindível a criação de um processo administrativo prévio à fase judicial, para que haja a apuração dos atos ilícitos e dos responsáveis por eles, com o intuito de adequar o redirecionamento da ação de execução fiscal às exigências legais e constitucionais.

Palavras-chave: Redirecionamento Fiscal. Responsabilidade tributária. Contribuinte secundário. Exceção de pré-executividade. Procedimento administrativo.

REDIRECTION OF THE FISCAL EXECUTION ACTION AND THE TAX LIABILITY OF THE MINOR CONTRIBUTOR: AN ANALYSIS BASED ON THE FEDERAL CONSTITUTION AND COMPARATIVE LAW

ABSTRACT

This paper aims at discussing on the redirection of the fiscal execution action based on its practice, by the Public Treasury, without proper compliance with the provisions in the *caput* of art. 135 of the CTN, and the recommendations of the constitutional principles of the adversarial, the wide defense and the proper legal process. Such Public Treasury's practice has consolidated within the Brazilian legal framework throughout the years and due to Judiciary's omission and connivance. A way to fight against such arbitrary practices by the Public Treasury, according to the current Pretorian understanding, is to except the pre-execution. However, the Superior Court of Justice has not admitted to this kind of defense. Therefore, this study suggests the creation of an administrative process that is carried out prior to the judicial phase. This process would aim at having such illicit acts, along with the ones responsible for them, investigated in order to adequate the redirection of the fiscal execution action with the legal and constitutional demands.

Keywords: Fiscal redirection. Tax liability. Minor contributor. Except for pre-execution. Administrative procedure.

¹ Advogada. Bacharel em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN).

1 INTRODUÇÃO

No âmbito do direito processual tributário, uma prática na via judicial vem sendo exercida como mecanismo de poderio da Fazenda Pública reiteradamente, e o que torna tal ato como verdadeiro gravame é a omissão do judiciário diante de tamanha irregularidade. Trata-se do redirecionamento da ação de execução fiscal da pessoa jurídica para a pessoa do contribuinte secundário sem prévia apuração dos atos praticados que o tornam responsável pelo crédito tributário versado na lide.

O redirecionamento fiscal é uma prática prevista no ordenamento jurídico pátrio como a responsabilização do sócio administrador, gerente ou representante de pessoa jurídica de direito privado que tenha praticado atos com excesso de poderes, e que deles resultem créditos decorrentes de obrigações tributárias inadimplidas. Desse modo, o Código Tributário Nacional em seu artigo 135 responsabiliza o sócio administrador como responsável tributário da dívida empresária².

Contudo, deve-se entender que para haver a responsabilização do contribuinte secundário pelo crédito tributário da pessoa jurídica deve existir um processo administrativo prévio ou mesmo um processo judicial apartado do principal para que haja a apuração da culpabilidade desse sócio na contração da dívida.

Entretanto, a prática processual diverge do previsto na legislação, tendo em vista que independente da culpabilidade do sócio administrador na geração dessa dívida, ele é imediatamente responsabilizado e é o próximo a ser cobrado se a empresa não possuir meios de satisfazer o crédito.

Corroborando com o entendimento da Fazenda Pública, a súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça considera legítimo redirecionamento da execução fiscal ao administrador, quando há a presunção de dissolução irregular da empresa, que ocorre na hipótese de ela não ter sido encontrada em seu domicílio fiscal e não ter informado o novo domicílio aos órgãos competentes³.

Esses estudos foram desenvolvidos ao longo das próximas páginas a fim de demonstrar a prática ilegal exercida pelo Fisco e a omissão do poder judiciário brasileiro, com o objetivo de estimular uma mudança no processo administrativo de lançamento para constituição do crédito tributário e emissão da certidão de dívida ativa, pelo respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa que garantem o devido processo legal⁴, os quais são amparados no artigo 5º da Carta Magna como direitos e garantias fundamentais do cidadão.

2 ASPECTOS CONCEITUAIS

O redirecionamento da ação de execução fiscal acontece quando o chamado co-responsável pelo crédito tributário, o qual está inscrito na certidão de dívida ativa, é incluído no polo passivo da demanda, na época do cumprimento da execução fiscal, no ato da constrição judicial dos bens⁵.

2 Código Tributário Nacional, art. 135, *caput*, inciso III.

3 STJ <www.stj.gov.br> Súmula nº 435.

4 Constituição Federal de 1988, art.5º, incisos LIV e LV.

5 MONTEIRO NETO, Nelson. Problemas do Redirecionamento da Execução Fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, nº 175, pág. 151-160, 2010.

O “direito” da Fazenda Pública em promover a execução fiscal em face de terceiro que incorreu em ato ilícito tipificado no *caput* do art. 135 do CTN nasce com o inadimplemento das dívidas decorrentes das obrigações tributárias. Então, com o inadimplemento da empresa, o credor (Estado) adquire o direito de ter satisfeito o crédito por meio de cobrança judicial, para que assim haja “legalmente” a constrição patrimonial do devedor na proporção do valor do crédito.

Neste ínterim, o objetivo da propositura da ação de execução fiscal é a satisfação do crédito tributário e nas conjecturas do redirecionamento é para a dívida ser saldada independentemente de quem o faça. Devendo, inclusive, o sócio administrador ser chamado ao processo de execução fiscal para o polo passivo da demanda, a fim de que este satisfaça o débito litigado, apenas pela inserção do seu nome na certidão de dívida ativa, que é o documento, título executivo extrajudicial, que constitui o crédito tributário e elenca os seus responsáveis⁶.

Nos atos autorizados por esse meio de satisfação do Fisco está a constrição judicial dos bens do responsável tributário para o pagamento do crédito. Entretanto, as atitudes dessa ação judicial não se limitam somente à empresa devedora, mas se estendem à pessoa do seu administrador, pois este é considerado responsável pessoal pelos atos praticados pela empresa e a inadimplência de uma obrigação tributária o torna responsável também pelo crédito tributário cobrado em ação judicial de execução fiscal.

Tomando como parte legítima o administrador da empresa, que está inscrito na certidão de dívida ativa, caso a sociedade empresária ao ser cobrada não possua meios de adimplir o crédito tributário mesmo com a constrição judicial de seus bens, então a ação é redirecionada para a pessoa do sócio administrador, o qual se pode chamar de contribuinte secundário, e que sofrerá também com a constrição judicial do seu patrimônio pessoal.

A responsabilidade do sócio administrador ou gerente sobre o crédito tributário resultante da obrigação tributária principal ou acessória é prevista na legislação tributária nacional, mas para que o contribuinte secundário seja responsabilizado, é imprescindível que ele tenha praticado atos ilícitos ou com excesso de poderes ou com violação de lei, estatutos ou contrato social⁷.

Todavia, ao analisar o Código Tributário Nacional pode-se constatar a possibilidade da responsabilização de um terceiro sobre o crédito tributário empresarial de três maneiras.

A primeira prevista é a responsabilidade solidária do contribuinte secundário, em que o sócio administrador irá responder à lide, em conjunto ao contribuinte primário, ou seja, a empresa, de acordo com o *caput* do artigo 134 do CTN⁸.

6 BREYNER, Frederico Menezes. Responsabilidade tributária dos sócios-gerentes: alegação de ilegitimidade passiva em exceção de pré-executividade e a aplicabilidade da jurisprudência do STJ em sede de recursos repetitivos (Respnº 1.104.900/ES e 1.110.925/SP). *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, nº 167, pág. 55-67, 2009.

7 Código Tributário Nacional, art. 135.

8 Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

A segunda é a responsabilidade subsidiária do administrador, a qual depende da prática de infração à lei, ao contrato ou estatuto social da empresa, ou depende ainda da prática de ato com excesso de poderes, como já citado.

E a última maneira é intitulada de responsabilidade pessoal do administrador em decorrência da prática de uma conduta ilícita, de caráter doloso, ou no mínimo culposo, que enseja a responsabilização pessoal por seus atos ilícitos⁹.

Em contraponto ao que foi relatado, é certo que a prática do redirecionamento fiscal nos moldes da justiça brasileira vai um pouco além do que é legislado no ordenamento jurídico pátrio, a ponto de ser visível que para haver a inclusão do contribuinte secundário num processo que é legítimo da empresa, contribuinte primário, basta a demonstração do responsável tributário da impossibilidade de satisfazer o crédito tributário imputado.

É inquestionável que a inclusão do sócio administrador na lide não respeita o devido processo legal, pois não dá direito ao contraditório ou à ampla defesa, inexistindo uma apuração prévia dos atos que constituíram o crédito tributário, seja em processo administrativo ou judicial justo. Tais métodos parecem não conhecer os princípios constitucionais já citados e garantidos para todo cidadão brasileiro no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

3 AS RESPONSABILIDADES TRIBUTÁRIAS: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA FRENTE A APLICADA NA LEGISLAÇÃO

Para ter a capacidade de atribuir responsabilidade tributária a cada pessoa envolvida na relação jurídica é necessário primeiramente especificar que a responsabilidade do sócio administrador não é igual a da sociedade empresária. Desse modo, é errôneo dizer que a responsabilidade do sócio administrador é solidária.

É de suma importância diferenciar os atos praticados pela gestão empresarial, especialmente aqueles praticados de forma lícita dos de ilícita, ainda mais quando estes não são exercidos pelo administrador, pois sua responsabilidade não pode ser presumida ou ser culposa frente aos atos da sociedade empresária e por eles ser responsabilizado¹⁰.

O *caput* do artigo 135 do CTN aduz que são pessoalmente responsáveis pelos atos praticados com excesso de poderes ou violação de lei ou estatuto social ou contrato¹¹, deixando claro que a conduta desse sócio administrador deve ser dolosa e não culposa. Ou seja, o sócio-gerente tem responsabilidade sobre o crédito tributário constituído, pois ele concorreu com a pessoa jurídica para criação do fato gerador dessa obrigação tributária¹².

9 FERRAGUT, Maria Rita. Portaria PGFN nº 180/2010 e a Responsabilidade do Administrador: um Avanço. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, nº 178, pág. 102-106, 2010.

10 Idem.

11 Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

(Código Tributário Nacional)

12 MACHADO, Hugo de Brito. Redirecionamento da Execução Fiscal e Prescrição. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, nº 181, pág. 71-77, 2010.

O referido artigo deve ser interpretado de maneira subjetiva, significando que a responsabilidade tributária do sócio administrador “nasce” a partir do agir intencional para a prática do ato ilícito, ele deve possuir o *animus* de praticar o ilícito não tributário¹³.

3.1 A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA E O DEVER JURÍDICO SURGEM COM O ADVENTO DO TRIBUTO

O dever jurídico é fruto da liberdade de escolha humana, em que o sujeito, diante da obrigação tributária, tem a liberdade de escolher entre adimplir ou não essa obrigação, independente de ser o responsável pela sua constituição; ele simplesmente possui o dever. E com o dever vem a possibilidade de escolha¹⁴.

A possibilidade de escolha acima suscitada vem acompanhada da responsabilidade jurídica de responder a sanção decorrente da prática do ato ilícito, o qual acontece quando não há o adimplemento da obrigação tributária.

Normalmente, o sujeito dessa relação jurídica também é o responsável pelos atos ilícitos decorrentes dessa liberdade de escolha, proporcionada à pessoa humana e, por isso, torna-se o responsável tributário pelo fato gerador do ato ilícito e, assim, o sujeito a quem a sanção deve ser aplicada.

Dessa forma entende Hugo de Brito Machado em relação ao dever jurídico e à responsabilidade:

O dever jurídico situa-se no momento da liberdade. É o dever do qual são titulares todos os sujeitos de relações jurídicas, de se comportarem de acordo com o Direito. O devedor, em princípio, é livre para adotar a conduta lícita, aquela conduta que corresponde a seu adimplemento, ou adotar a conduta ilícita, aquela conduta que corresponde a seu inadimplemento.

(...)

Responsabilidade é o estado de sujeição à sanção.¹⁵

Desse modo, entende-se que a responsabilidade tributária somente pode ser atribuída ao sócio administrador, quando da inadimplência da pessoa jurídica, somente com a comprovação da prática de um ato ilegal, fraudulento, por ele, autorizando assim o redirecionamento fiscal.

Destarte, o redirecionamento da ação de execução fiscal somente deve ocorrer a partir da confirmação de que o contribuinte secundário incorreu para o fato gerador da conduta ilícita que constituiu o crédito tributário. Por meio de provas idôneas, que tornem sujeito passivo dessa relação jurídica, além do devedor (a pessoa jurídica) também o contribuinte secundário (a pessoa do administrador).

13 FERRAGUT, Maria Rita. Portaria PGFN nº 180/2010 e a Responsabilidade do Administrador: um Avanço. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, nº 178, pág. 102-106, 2010.

14 MACHADO, Hugo de Brito. O Responsável Tributário e o Direito de Defesa no Procedimento Administrativo. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, nº 160, pág. 43-50, 2009.

15 MACHADO, Hugo de Brito. O Responsável Tributário e o Direito de Defesa no Procedimento Administrativo. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, nº 160, pág. 44, 2009.

Isso significa que a responsabilização pessoal do administrador nada mais é do que sua sujeição à sanção em face da prática de ato em desacordo com a lei, o contrato social ou o estatuto, como previsto no *caput* do artigo 135 do Código Tributário Nacional.

3.2 A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NO LANÇAMENTO E NA INSCRIÇÃO DE DÍVIDA ATIVA

Do ato praticado em nome da pessoa jurídica de direito privado advém o fato gerador da obrigação tributária, a qual somente surge devido ao processo administrativo que dá visibilidade ao lançamento e assim constitui o crédito tributário¹⁶.

Desse ato, seja legítimo ou ilegítimo, mas definido em lei, há a formação do crédito tributário, o qual resulta em uma obrigação tributária principal ou acessória, que deve ser adimplida, como disposto no art. 113 do Código Tributário Nacional¹⁷.

Com o surgimento da obrigação tributária principal nasce também o dever de adimplir com o crédito tributário gerado, no entanto, no momento em que o contribuinte tributário opta por não adimplir a dívida, então o seu dever de escolha entre o lícito e o ilícito deixa de ser somente uma atitude e passa a ser o fato gerador para a emissão da certidão de dívida ativa e, assim, constituir o título executivo extrajudicial que comprova o crédito tributário como título exigível, líquido e certo, para a ação de execução fiscal¹⁸.

O título extrajudicial é constituído a partir da inscrição dos nomes dos contribuintes primário e secundário na certidão de dívida ativa, por esta ser um documento reflexo do lançamento.

Logo, com a Fazenda Pública de posse desse documento sem a satisfação do crédito que está em aberto, há a cobrança judicial por meio da ação de execução fiscal, a qual exige judicialmente do responsável tributário o valor correspondente à dívida. E esta não sendo adimplida quando cobrada em juízo deverá proceder-se a execução mesmo que na pessoa do contribuinte secundário, pois este assume o papel de corresponsável pelo débito frente à Fazenda Pública, pelo simples fato de ter seu nome incluso na certidão de dívida ativa, sem ao menos haver um processo prévio para apuração dos atos que levaram a gerar a obrigação tributária.

O gravame maior decorrente dessa prática da Fazenda Pública é explícita em algumas lições doutrinárias, entre elas a de Maria Rita Ferragut¹⁹, em que admite o sócio administrador como responsável pessoal pela dívida contraída pela sociedade empresária.

16 MARQUES, Leonardo Nunes. A responsabilidade tributária do sócio e a inscrição em dívida ativa: Requisitos e procedimentos. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, nº 179, pág. 102-118, 2010.

17 Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorrente da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária. (BRASIL. Código Tributário Nacional)

18 MOURA, Lenice Silveira Moreira de. Redirecionamento da Execução Fiscal e Exceção de pré-executividade: Análise de seus aspectos jurisprudenciais controvertidos. Revista de Estudos Tributários, São Paulo: Síntese, nº 81, pág. 100-122, 2011.

19 Em sua obra, Maria Rita Ferragut expõe que: “o terceiro responsável assume individualmente as consequências advindas do ato ilícito por ele praticado, ou em relação ao qual seja partícipe ou mandante, eximindo a pessoa jurídica, realizadora do fato tributário, de qualquer obrigação” (Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002, pág. 118 - 119).

E, que por fim, fundamentado na inadimplência da sociedade empresária e da não satisfação do crédito tributário, o Fisco adquire o direito de atribuir uma sanção contra a empresa e assim alcançar as vias judiciais para a resolução do litígio. Desse modo, o adimplemento da dívida acontece independente do responsável imputado.

4 REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 135 DO CTN E DA SÚMULA 435 DO STJ

O artigo 135 do Código Tributário Nacional dispõe que os atos praticados com excesso de poderes pelo sócio administrador da sociedade empresária são considerados atos ilícitos e, por isso, ele se torna responsável pelo crédito tributário contraído no exercício desses atos.

O referido artigo autoriza a responsabilização tributária subsidiária do sócio administrador e gerente no inciso III e das demais pessoas inscritas em Certidão de Dívida Ativa no inciso I.

Observa-se que o disposto na legislação vigente diverge da prática utilizada para cobrança desse crédito tributário, pois o que vemos é o redirecionamento da ação de execução fiscal para o sócio administrador simplesmente por seu nome estar incluído na Certidão de Dívida Ativa e, por isso, ser considerado a próxima pessoa legítima para se cobrar tal dívida.

Destarte, é indiscutível que essa técnica possui respaldo jurisprudencial pela súmula 435 do STJ, que aduz em seu texto que “presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.”²⁰

Nesse contexto, a dívida tributária contraída pela sociedade empresária é redirecionada para o administrador sem haver um devido processo legal que comprove a real responsabilidade desse contribuinte secundário²¹. E obriga este a saldar a dívida sem qualquer direito prévio de defesa, deixando transparecer que a garantia constitucional do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal²² não possui qualquer efetividade prática nesse tipo de ação.

No entanto, encontramos a divergência com a prática simplesmente ao ler e interpretar o texto do artigo 135 do Código Tributário Nacional, *in litteris* a seguir:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
I - as pessoas referidas no artigo anterior;
II - os mandatários, prepostos e empregados;
III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.²³

20 STJ, <www.stj.gov.br> Súmula 435.

21 MOURA, Lenice Silveira Moreira de. MASCENA, Fátima Larisse de Farias. A Exceção de Pré-executividade como meio de defesa diante da ilegalidade de redirecionamento fiscal: sinalização para uma mudança jurisprudencial no âmbito do STF e do STJ. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, nº 202, pág. 89-102, 2012.

22 Constituição Federal de 1988, art. 5º, incisos LIV e LV.

23 <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/codtributnaci/ctn.htm>>

O texto citado ressalta que “são pessoalmente responsáveis” pelos “atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos” especificamente, ou seja, o diretor, o gerente ou o representante legal deve ter incorrido para a prática do ato ilícito, ele deve ter agido contra a lei, se não, ele não deve ser responsabilizado.

Entretanto, o Fisco, ao realizar o lançamento do crédito tributário, que é o momento em que há a constituição dessa dívida fiscal, já emite a certidão de dívida ativa com os nomes desses administradores, responsabilizando-os por qualquer ato ou dívida da sociedade empresária, a qual será cobrada a *posteriori*.

Destarte, ao verificar o crédito tributário não satisfeito em seu banco de dados, imediatamente a Fazenda Pública inicia um processo judicial de cobrança dessa dívida e no ato da execução fiscal quando se percebe a impossibilidade de adimplemento da pessoa jurídica desse crédito, então, automaticamente a responsabilidade sobre responder por essa dívida é redirecionada para o contribuinte secundário, aquele que apenas possui seu nome inscrito na certidão de dívida ativa, e, por isso, é responsabilizado pelo crédito tributário empresarial.

Neste ínterim, é válido ressaltar o posicionamento de Hugo de Brito Machado, no que definimos como redirecionamento fiscal, para solidificarmos o entendimento acerca do instituto:

O redirecionamento da execução fiscal consiste na providência destinada a tornar efetiva a responsabilidade de alguém que não foi colocado no polo passivo da ação de execução fiscal, vale dizer, alguém que não foi colocado como réu. Providência visando a penhora de bens de alguém que, sem ter sido inicialmente colocado na condição de réu, é responsável pelo pagamento do crédito tributário em execução.²⁴

Esse ato da Fazenda Pública encontra respaldo na súmula 435 do STJ²⁵ e no próprio ato de inscrever o agente na certidão sem haver o devido processo legal para apuração dos atos ilícitos praticados pelo contribuinte secundário que incorreram para o não cumprimento da obrigação tributária.

Ao realizar uma análise crítica do artigo 135 do CTN, entende-se que a responsabilidade descrita no *caput* é estritamente subsidiária, o sócio administrador não possui uma responsabilidade solidária sobre as dívidas e, tampouco, pessoal. Contudo, o Fisco entende que a responsabilidade do contribuinte secundário é pessoal, ou seja, é intrínseca à pessoa física do administrador.

O entendimento adotado pela Fazenda Pública não encontra um efetivo respaldo legal, no entanto, não deixa de ser aceito, tendo em vista que o poder judiciário continua omissos diante da prática de tal ilegalidade.

Pois para levar a ação de execução fiscal contra a pessoa jurídica a ser redirecionada à pessoa física do sócio administrador não há sequer uma prévia apuração administrativa dos atos ilícitos praticados que levaram à constituição do crédito tributário, e isso, no campo fático, é inconstitucional, pois desrespeita os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

24 MACHADO, Hugo de Brito. Redirecionamento da Execução Fiscal e Prescrição. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, nº 181, pág. 72, 2010.

25 Vários autores. EXECUÇÃO FISCAL: Um tema atual sob diferentes olhares. In: BRANDÃO, Bruno César Moura. Breves considerações a respeito do processo de execução fiscal e da Súmula nº 435 do Superior Tribunal de Justiça. 1ª Ed. Brasília: Consulex, 2011. Pág. 87-98.

5 O REDIRECIONAMENTO FISCAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE

Para haver o redirecionamento fiscal da sociedade empresária para a pessoa do contribuinte secundário é necessário que exista um documento que comprove a responsabilidade deste sobre os atos que constituíram o crédito tributário. Nesse entendimento segue Leonardo Nunes Marques ao afirmar que “o conteúdo da certidão de dívida ativa, com efeito, deve refletir a investigação promovida no âmbito do processo administrativo fiscal.”²⁶

Desse modo, o ato praticado forma o fato gerador, que na ocasião do processo administrativo fiscal compõe o lançamento que constitui o crédito tributário e, assim, institui o título executivo fiscal, o qual é documento reflexo do lançamento por emissão da certidão de dívida ativa.

Destarte, a certidão de dívida ativa é emitida com a inscrição de todos os nomes dos funcionários da empresa que ocupem algum cargo de chefia, o que influi de alguma maneira no andamento dos negócios desenvolvidos.

Entretanto, essa inscrição é feita sem qualquer apuração prévia dos atos ilícitos praticados, quem são os seus responsáveis, ou seja, não há comprovação real/fática do responsável tributário da geração desse crédito frente à Fazenda Pública.

Isso representa a completa inobservância dos preceitos fundamentais do contraditório, da ampla defesa e, por consequência, do devido processo legal, resultando na violação iminente da Constituição Federal. Note-se que esse é o entendimento de Lenice Moreira de Moura e de Fátima Larisse Mascena sobre o tema:

O redirecionamento da execução fiscal ao administrador ou sócio-gerente tem sido operado hoje em visível afronta aos direitos fundamentais do responsável tributário, quais sejam o contraditório e a ampla defesa, que são subespécies do princípio norteador de todo direito processual: o devido processo legal. O art. 5º, LIV, da CF garante que ninguém será privado de seus bens sem a observância de um devido processo legal e, para tanto, o Poder Judiciário deve orientar e consolidar a garantia desse princípio por intermédio das decisões judiciais.²⁷

A ilegalidade na ação de execução fiscal começa desde o estabelecimento da prova documental que responsabiliza o agente pelo crédito tributário cobrado, pois não há a observância do devido processo legal durante o processo administrativo do lançamento, para que haja a apuração dos atos ilícitos praticados, divergindo do art. 135 do CTN.

Porém a situação se agrava no momento da execução fiscal em si, tendo em vista que para haver o redirecionamento fiscal não se exige a comprovação do ato ilícito previsto no art. 135 do CTN, basta a Fazenda Pública apresentar a certidão de dívida ativa, prova gerada pelo próprio Fisco, com o nome do responsável ao qual interessa redirecionar a ação, para que seja cobrado o valor do crédito tributário em sua integralidade.

26 MARQUES, Leonardo Nunes. A responsabilidade tributária do sócio e a inscrição em dívida ativa: Requisitos e procedimentos. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, nº 179, pág. 105, 2010.

27 MOURA, Lenice Silveira Moreira de. MASCENA, Fátima Larisse de Farias. A Exceção de Pré-executividade como meio de defesa diante da ilegalidade de redirecionamento fiscal: sinalização para uma mudança jurisprudencial no âmbito do STF e do STJ. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, nº 202, pág. 98, 2012.

E após o redirecionamento, para a defesa do novo executado somente há um meio, que são os embargos à execução fiscal, que constituem um meio mais gravoso para o embargante, em razão da obrigatoriedade em garantir judicialmente o valor correspondente ao crédito tributário pelo qual está sendo cobrado, sob pena de ser responsabilizado sem direito a contraditório ou ampla defesa, com o gravame de ter seus bens patrimoniais pessoais constrictos judicialmente tanto para a oposição dos embargos quanto para a satisfação dessa dívida, sendo incontestável a inobservância do devido processo legal.

Nesse ínterim, temos os ensinamentos de Hugo de Brito Machado afirmando que:

A Constituição Federal ao cuidar dos direitos e garantias individuais assegura que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal²⁸, e que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.²⁹

Assim, qualquer pessoa que se veja na iminência de sofrer prejuízo em sua liberdade, ou em seu patrimônio, tem indiscutível direito de defender-se. E tal situação de iminência de prejuízo patrimonial configura-se, indiscutivelmente, com a inclusão do nome de alguém, na condição de responsável, em um título executivo extrajudicial qualquer.

(...) não pode haver preterição mais flagrante do direito de defesa de alguém do que deixar de lhe dar oportunidade para formular objeções a um auto de infração, que consubstancia, como o próprio nome está a indicar, a imputação de um cometimento ilegal, vale dizer, uma infração à lei tributária.³⁰

O citado entendimento corrobora com o exposto em relação à iminente violação dos direitos fundamentais do contribuinte secundário, desde o lançamento do crédito tributário a sua inclusão na certidão de dívida ativa e, por fim, no redirecionamento da ação de execução fiscal, o que causa imensa insegurança jurídica sobre os atos praticados.

6 OS MEIOS DE DEFESA DO CONTRIBUINTE SECUNDÁRIO

Independente da forma como foi produzido o título executivo extrajudicial, pelo qual a Fazenda Pública exerce seu direito de exigir o crédito, a execução fiscal segue seu curso e ao chegar ao redirecionamento tem seu meio de defesa restrito aos embargos à execução, que judicialmente entende-se como o único meio de defesa cabível nesse tipo de ação. No entanto, por ele representar um meio de defesa danoso para o recorrente, a doutrina construiu um instrumento eficaz e sem gravame para o corresponsável tributário, conhecida como exceção de pré-executividade. Para entender melhor os dois institutos, eles serão discorridos nas linhas a seguir.

28 Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso LIV.

29 Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso LV.

30 MACHADO, Hugo de Brito. O Responsável Tributário e o Direito de Defesa no Procedimento Administrativo. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, nº 160, pág. 48-49, 2009.

6.1 EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

O meio de defesa do contribuinte secundário aceito atualmente no processo de execução fiscal são os embargos à execução fiscal, os quais, apesar de permitirem a dilação probatória, trazendo consigo provas novas ao processo, não possuem efeito suspensivo em relação à execução que está iminente, mas apenas se o juiz assim conceder³¹.

Esse é um recurso que deverá ser processado e julgado em autos apartados e que para ser conhecido deve haver a garantia em juízo de todo o valor referente ao crédito tributário que está sendo cobrado pelo pagamento, tornando essa uma medida mais danosa para o agente que pretende apresentar sua defesa contra a execução fiscal redirecionada, sob pena de ser declarado o real responsável pela constituição da dívida.

Sob esse entendimento, traz-se o julgado do Superior Tribunal de Justiça.

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. NOME DO SÓCIO CONSTANTE DA CDA. POSSIBILIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. ALEGAÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO PACIFICADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1.104.900/ES. APLICAÇÃO DO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Em síntese, o Tribunal de origem deferiu o redirecionamento pleiteado pela Fazenda Estadual, consignando que o nome do sócio consta da CDA (fls. 472-473).

2. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, de que não houve a prática de atos “com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”.

3. Na presente demanda, o voto condutor certificou que “o referido sócio se desincumbiu do ônus de demonstrar a inocorrência das hipóteses do artigo 135, do CTN” (fl. 469).

4. Quanto à impenhorabilidade do bem de família, a Corte local, ao afastar a nulidade da penhora, afirmou que inexistia prova de que o sócio e sua família residem no endereço em que funciona a empresa (fl. 469). Qualquer entendimento contrário ao proferido nos autos encontra óbice na Súmula 7/STJ.

5. O Tribunal a quo registrou que os requisitos legais da CDA foram preenchidos (fl. 470). Rever as razões recursais em sentido oposto é obstado pelo enunciado da Súmula 7/STJ.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1145744/ES, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 08/04/2010)

E, a partir de suas linhas, percebe-se que para haver a comprovação da não responsabilidade do sócio administrador por meio de embargos à execução é incontestável a necessidade de haver a dilação probatória.

31 Vários autores. EXECUÇÃO FISCAL: Um tema atual sob diferentes olhares. In: MACHADO, Hugo de Brito. Efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal. 1ª Ed. Brasília: Consulex, 2011. Pág. 183-197.

6.2 EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A exceção de pré-executividade é um instrumento processual que não é regulamentado por lei e que surgiu a partir de uma construção doutrinário-jurisprudencial para proporcionar um meio de defesa, especialmente na ação de execução fiscal, menos gravoso para o responsável tributário, a fim de que ele possa provar a sua não contribuição no fato gerador do crédito tributário, desde que com provas pré-constituídas durante o processo³².

Corroborando com o entendimento apresentado, temos os ensinamentos de Lenice Moreira de Moura, em que define o referido instrumento processual.

A exceção de pré-executividade trata-se da impugnação da execução no juízo de admissibilidade da ação executiva, por terceiro interessado ou por qualquer das partes, na qual se arguem matérias processuais de ordem pública (requisitos, pressupostos, e condições da ação executiva, etc.), bem como matérias pertinentes ao mérito (pagamento, exceção de execução, etc.), desde que cabalmente passíveis de comprovação mediante prova pré-constituída, em qualquer grau de jurisdição, por simples petição, que suspende o processo até julgamento definitivo, visando desconstituir a ação executiva e obstar os atos de constrição do patrimônio do executado. (MOURA, 2010, Pág. 116)³³

Esse meio de defesa é cabível em qualquer grau de jurisdição, sendo aceito somente quando se tratar de matérias que podem ser apreciadas de ofício pelo juiz, nos temas de ordem pública. Ele possui efeito suspensivo, o qual beneficia o responsável, possibilitando a análise da matéria apresentada sem a pressão de uma iminente execução fiscal e conseqüentemente constrição patrimonial.

De fato, o disposto anteriormente é contemplado no Agravo Regimental em Recurso Especial do tribunal de Alagoas, o qual segue:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. VERIFICAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO POR EDITAL. ALEGAÇÃO DE QUE A NOTIFICAÇÃO OCORREU EM CONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO LOCAL. SÚMULA 280/STF.

1. “A exceção de pré-executividade é admissível na Execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória” (Súmula 393/STJ).
2. No caso concreto, a Corte estadual afirmou que a nulidade da notificação do sujeito passivo realizada por edital, porquanto não esgotadas as outras modalidades de notificação, pode ser constatada de plano dos autos do processo administrativo juntado pela empresa executada, dispensando, pois, dilação probatória. A revisão desse entendimento exige o reexame do acervo fático-probatório considerado pelo Tribunal de origem, o que é inviável pela via do recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

32 BREYNER, Frederico Menezes. Responsabilidade tributária dos sócios-gerentes: alegação de ilegitimidade passiva em exceção de pré-executividade e a aplicabilidade da jurisprudência do STJ em sede de recursos repetitivos (REspnº 1.104.900/ES e 1.110.925/SP). Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, nº 167, pág. 55-67, 2009.

33 MOURA, Lenice S. Moreira de. Exceção de pré-executividade em matéria tributária. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 116.

3. Não é possível conhecer da alegação da recorrente de que somente realizou a notificação por edital depois de atendidas as condições exigidas pela legislação estadual, pois pressupõe a análise da aludida lei local, o que é vedado na instância especial ante o óbice da Súmula 280/STF.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1301928/AL, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 19/10/2012)

6.3 A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE COMO MEIO DE DEFESA IDÔNEO EM FACE DE REDIRECIONAMENTO FISCAL CONTRA SÓCIO ADMINISTRADOR

Quando há o redirecionamento da ação de execução fiscal da sociedade empresária para o sócio administrador, o meio de defesa aceito nos tribunais para que se tente provar a inocência do contribuinte secundário nas ações geradoras do crédito tributário são os embargos à execução fiscal.

No entanto, os embargos à execução fiscal constituem um meio de defesa muito danoso para que o sócio administrador apresente a sua defesa, pois antes de entrar com os embargos há a necessidade de garantir em juízo todo o valor correspondente à dívida.

Essa exigência existe independentemente do embargante possuir patrimônio suficiente para garantir o pagamento da dívida tributária ou dos embargos, sendo assim, para que o sócio administrador tente provar sua não participação no fato gerador, ele precisa “saldar” o crédito tributário em juízo.

Já a exceção de pré-executividade constitui um modo de defesa menos gravoso para o polo hipossuficiente da execução fiscal, ela garante a defesa do contribuinte secundário desde que todas as provas para defesa do proponente já estejam pré-constituídas em qualquer fase do processo, mas sem submeter o patrimônio pessoal do contribuinte secundário à constrição judicial³⁴.

Portanto, a exigência dos embargos à execução fiscal como único meio de defesa do sócio administrador em face de redirecionamento fiscal viola o devido processo legal e compromete a higidez processual da execução fiscal, além de impor obstáculo à ampla defesa. Então, para que haja o devido processo legal, é necessária a admissibilidade da exceção de pré-executividade como meio de defesa idôneo no processo de execução fiscal em face da ilegalidade do redirecionamento, já que, segundo construção pretoriana, a exceção de pré-executividade é admissível quando há nulidade do título executivo fiscal.

Considerando que o redirecionamento fiscal contra o sócio administrador sem a observância do art. 135 do CTN, isto é, sem a prova de alguma ilicitude por ele praticada, torna a certidão de dívida ativa (CDA) ilegal, por atribuir responsabilidade tributária a terceiro sem qualquer fundamento jurídico que a justifique.

34 MOURA, Lenice Silveira Moreira de. MASCENA, Fátima Larisse de Farias. A Exceção de Pré-executividade como meio de defesa diante da ilegalidade de redirecionamento fiscal: sinalização para uma mudança jurisprudencial no âmbito do STF e do STJ. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, nº 202, pág. 89-102, 2012.

Portanto, torna-se iminente a importância da análise da responsabilidade real do sócio administrador nos atos cometidos ilegalmente. Desse modo, já vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça, como aduz o julgado a seguir.

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. NOME DO SÓCIO CONSTANTE NA CDA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PROVA NOS AUTOS DE QUE O SÓCIO NÃO FAZIA PARTE DO QUADRO SOCIETÁRIO DA EMPRESA. REDIRECIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

INCIDÊNCIA DO TEOR DA SÚMULA 7/STJ.

1. É cediço nesta Corte o entendimento no sentido de que o redirecionamento da execução fiscal só é possível àquele sócio que integrava o quadro social da sociedade executada à época do fato gerador do débito executado e desde que preenchidos os requisitos do art. 135 do Código Tributário Nacional.

2. No caso concreto, o Tribunal de origem consignou de forma expressa que o embargado comprovou que não exerceu atos de gestão no período de constituição dos referidos débitos tributários.

3. Para rever as razões de decidir do Tribunal *a quo* é necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que, à luz do entendimento sedimentado na Súmula n. 7 desta Corte, não é possível em sede de recurso especial.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 87.375/PI, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/10/2012, DJe 10/10/2012)

Em face da ilegalidade de tal atribuição de responsabilidade, a CDA torna-se nula e o redirecionamento da execução fiscal ilegal. Considerando a ilegalidade do redirecionamento fiscal, estamos diante de uma questão processual de ordem pública que denuncia a inobservância do devido processo legal, o que autoriza o uso da exceção de pré-executividade como meio de defesa idôneo no âmbito da execução fiscal que atribua responsabilidade tributária a terceiro sem o devido respaldo legal e constitucional, conforme ditames do art. 135 do CTN e art. 5º, LIV da CF.

7 A POSSIBILIDADE DE UM PROCESSO MAIS JUSTO: O SURGIMENTO DE UM PROCESSO ADMINISTRATIVO PRÉVIO

Com a análise dos procedimentos executados pela Fazenda Pública no que diz respeito à execução fiscal, torna-se inquestionável a necessidade de uma mudança, pois perceptivelmente os atos praticados não obedecem aos ditames de um Estado constitucional de Direito.

Para isso, é importante buscar novos meios de se proceder tanto no processo administrativo como no judicial, com o intuito principal de garantir o devido processo legal no processo tributário.

Um novo procedimento para responsabilizar o contribuinte tributário deve ser adotado e nos ensinamentos de Lenice Moreira de Moura e Fátima Larisse Mascena isso fica evidente quando afirmam: “constatamos que é essencial a formação de um procedimento administra-

tivo prévio à execução fiscal, para apurar legalmente a responsabilidade do administrador perante o crédito tributário.”³⁵

E para essa garantia faz-se necessário não limitar a visão do mundo jurídico, expandindo os conhecimentos do ordenamento jurídico ao direito comparado e, desse modo, tendo o conhecimento de outros procedimentos de responsabilização do crédito tributário empresarial.

Nesse contexto, encontramos a legislação espanhola, a qual possui o conceito de procedimento administrativo para a apuração da responsabilidade do ato ilícito praticado que resultou na obrigação tributária³⁶.

Esse procedimento administrativo impede que a administração pública incorra em erro ao cobrar o pagamento da obrigação tributária inadimplida, evitando injustiças no âmbito jurídico judicial, como o redirecionamento praticado no Brasil.

Logo, torna-se interessante ressaltar que o procedimento administrativo na Espanha independe de processo judicial, então a lide de cobrança pode ser feita tanto na esfera administrativa, envolvendo somente a administração pública, como na esfera judicial, envolvendo o poder judiciário. No entanto, uma sendo resolvida a outra também será.

Frise-se que em todo o processo de cobrança administrativa da dívida tributária não há necessidade de garantir ou de demonstrar a garantia do crédito que motiva a lide, mostrando-se um procedimento justo e independente do patrimônio pessoal do responsável tributário, obedecendo ao devido processo legal.

Por isso, seria de grande valia que o ordenamento jurídico brasileiro, nesse patamar, tomasse como exemplo a *Ley General Tributaria*³⁷ da Espanha e incluísse em seu sistema jurídico um processo administrativo que previsse a apuração de fatos e provas para a inclusão ou não do contribuinte secundário no processo de execução da empresa ou ainda mais, na emissão da certidão de dívida ativa.

Desse modo, seriam garantidos os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois o administrador teria a oportunidade de apresentar defesa pessoal capaz de caracterizar a sua inocência, deixando de vitimá-lo pela tomada arbitrária de seus bens pessoais sem o devido processo legal da apuração de sua responsabilidade pessoal sobre a constituição do crédito tributário resultante da obrigação tributária. Tal procedimento asseguraria o devido processo legal de uma forma prévia e mais justa.

8 CONCLUSÃO

Ante o exposto, é impossível não perceber que o exercício da Fazenda Pública na constituição do crédito tributário a partir do lançamento em um procedimento administrativo que não visa o contraditório dos imputados responsáveis pelo título executivo ali discriminado afronta a Constituição Federal.

35 MOURA, Lenice Silveira Moreira de. MASCENA, Fátima Larisse de Farias. A Exceção de Pré-executividade como meio de defesa diante da ilegalidade de redirecionamento fiscal: sinalização para uma mudança jurisprudencial no âmbito do STF e do STJ. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, nº 202, pág. 100, 2012.

36 Vários autores. EXECUÇÃO FISCAL: Um tema atual sob diferentes olhares. In: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A execução fiscal no direito comparado e o projeto de lei da nova execução fiscal no Brasil*. 1ª Ed. Brasília: Consulex, 2011. Pág. 77-85.

37 España. Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/158-2003.html>

E como se não bastasse tal prática, ainda temos o redirecionamento da ação de execução fiscal, que no curso normal da ação ao ver a impossibilidade de ter o crédito satisfeito pede o seu redirecionamento para o corresponsável que aparece na certidão de dívida ativa, negando o contraditório e a ampla defesa por não haver a apuração dos atos fraudulentos, inobservando o princípio constitucional do devido processo legal.

Com a análise dos referidos institutos, percebe-se que as execuções fiscais no Brasil demonstram a necessidade de um procedimento administrativo prévio para a liquidação da responsabilidade tributária do administrador, conforme é adotado em tantos outros países, como na Espanha. Com o objetivo de oportunizar ao contribuinte secundário o devido processo legal e o exercício do contraditório e da ampla defesa, observando-se assim os preceitos fundamentais constitucionais.

À vista do que se extrai na legislação espanhola, pode-se refletir que a essência do procedimento aplicado nesta à legislação tributária brasileira, poderia resultar em uma forma de alcance da legalidade da cobrança tributária no momento da constituição da certidão de dívida ativa.

Ainda no sistema tributário espanhol, podemos constatar que há a formulação de uma declaração de responsabilidade que concede ao contribuinte secundário uma possibilidade de defesa na esfera administrativa. Nesse sentido, instaura-se o processo administrativo fiscal para formalização da inscrição de certidão de dívida ativa em atendimento a todos os requisitos legais para imputação da responsabilidade tributária.

Adotando-se um procedimento similar a este, teríamos a plena observância do que está previsto no inciso V do artigo 202 do CTN³⁸, o qual exige a indicação do número do processo administrativo do qual se origina o crédito, inclusive em relação ao responsável tributário.

E, ao compararmos essa exigência legal à prática fiscal, constatamos que não há um procedimento real para a concretização da responsabilidade tributária, mas apenas uma indicação dos devedores e corresponsáveis, estando ausente a comprovação dos fatos geradores da responsabilidade.

Portanto, está demonstrado que para haver o respeito à Carta Magna Brasileira e à legislação tributária vigente deve-se instaurar um procedimento administrativo prévio para a apuração dos atos ilícitos praticados que resultaram na constituição do crédito tributário decorrente da obrigação tributária inadimplida.

REFERÊNCIAS

FREITAS, Vladimir Passos de. (Coordenador). Vários autores. **Código Tributário Nacional Comentado: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS**. 5ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011.

38 Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:

- I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos corresponsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;
- II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;
- III - a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;
- IV - a data em que foi inscrita;
- V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se origina o crédito.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 12ª Ed. Revista, ampliada e atualizada até 13 de julho de 2012. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2012.

ROSA JUNIOR, Luiz Emydgio F. da. **Manual de direito financeiro e direito tributário**. 20ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 2ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MOURA, Lenice Silveira Moreira de. **Exceção de Pré-Executividade em matéria tributária**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Redirecionamento da Execução Fiscal e Exceção de pré-executividade: Análise de seus aspectos jurisprudenciais controvertidos. **Revista de Estudos Tributários**, São Paulo: Síntese, nº 81, pág. 100-122, 2011.

MOURA, Lenice Silveira Moreira de. MASCENA, Fátima Larisse de Farias. A Exceção de Pré-executividade como meio de defesa diante da ilegalidade de redirecionamento fiscal: sinalização para uma mudança jurisprudencial no âmbito do STF e do STJ. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, nº 202, pág. 89-102, 2012.

SANTOS, Herta Rani Teles. DEUSDARÁ, Ingrid Caroline Cavalcante de Oliveira. LACERDA, Sara de França. (Coordenadores). **Execução Fiscal: Um tema atual sob diferentes olhares**. 1ª Ed. Brasília: Consulex, 2011.

FERRAGUT, Maria Rita. **Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2009.

_____. Portaria PGFN nº 180/2010 e a Responsabilidade do Administrador: um Avanço. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, nº 178, pág. 102-106, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. O Responsável Tributário e o Direito de Defesa no Procedimento Administrativo. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, nº 160, pág. 43-50, 2009.

_____. Redirecionamento da Execução Fiscal e Prescrição. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, nº 181, pág. 71-77, 2010.

BREYNER, Frederico Menezes. Responsabilidade tributária dos sócios-gerentes: alegação de ilegitimidade passiva em exceção de pré-executividade e a aplicabilidade da jurisprudência do

STJ em sede de recursos repetitivos (REspnº 1.104.900/ES e 1.110.925/SP). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, nº 167, pág. 55-67, 2009.

MONTEIRO NETO, Nelson. Problemas do Redirecionamento da Execução Fiscal. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, nº 175, pág. 151-160, 2010.

MARQUES, Leonardo Nunes. A responsabilidade tributária do sócio e a inscrição em dívida ativa: Requisitos e procedimentos. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, nº 179, pág. 102-118, 2010.

BECHO, Renato Lopes. A responsabilidade tributária dos sócios tem fundamento legal? **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, nº 182, pág. 107-126, 2010.

España. **Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria**. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Fiscal/l58-2003.html> Último acesso em 15 de novembro de 2012.

BRASIL. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.gov.br> Último acesso em 17 de novembro de 2012.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/codtributnaci/ctn.htm>> Último acesso em 17 de novembro de 2012.